



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

정치학박사학위논문

대의정치와 헌법재판
- 헌법소송의 정치적 동기 유형화 -

2018년 2월

서울대학교 대학원
정치외교학부 정치학전공
김 현 진

대의정치와 헌법재판
- 헌법소송의 정치적 동기 유형화 -

지도교수 박 찬 욱

이 논문을 정치학박사학위논문으로 제출함
2018년 1월

서울대학교 대학원
정치외교학부 정치학전공
김 현 진

김현진의 박사학위논문을 인준함
2018년 1월

위 원 장 강 원 태 (인)

부위원장 박 찬 욱 (인)

위 원 임 경 훈 (인)

위 원 차 동 욱 (인)

위 원 송 지 우 (인)

국문초록

대의정치와 헌법재판

- 헌법소송의 정치적 동기 유형화 -

본 논문의 목적은 ‘정치의 사법화’로 분류할 수 있는 헌법소송들에서 소송을 제기하는 원고들이 정치 분쟁을 헌법재판소로 가지고 가게 되는 원인을 그들의 정치적 무능력으로 단정 지을 수 없다는 점을 논증하는데 있다. 이를 위해 본 연구에서는 헌법소송을 제기하는 정치적 동기를 유형화하고, 대의정치의 주요 개념인 반응성과 정당성, 그리고 책임성 등 정치학의 분석틀과 개념에 근거하여 헌법재판소 판결 결과를 분석하고 있다.

사법자제와 사법적극주의에 관해 학계에서 명확한 개념이 정립되어 있는 것은 아니다. 판결문을 통한 내용 분석과 헌법소송이 제기된 정치상황을 동시에 분석함으로써 헌법재판소 판결 결과에 정치학적 해석을 부여할 수 있다. 본 연구에서 말하는 사법자제는 판결 결과가 의도적으로 정치과정에 개입하는 것을 자제하는 경우, 그리고 판결 결과가 국민여론을 적극적으로 반영하는 경우로 정의내리고 있다. 그렇다고 해서 헌법재판소가 여론에 끌려 다니거나 호도되는 것으로 해석하는 것은 아니다. 본 연구는 헌법재판소가 헌법소송에 대한 판단을 내릴 때 판결 내용의 정당성을 확보하는 차원에서 여론을 활용하는 것으로 이해하고 있다.

본 연구는 헌법소송이 제기되는 정치적 동기를 다섯 가지로 유형화하고 있다. 헌법소송은 국회 내부의 절차상의 하자, 다수결 원리

의 정당성 확보, 다수결 원리와 국민여론 간의 불일치, 정치국면 전환과 정권의 정통성 도모, 그리고 정치적 책임의 분산 등의 정치적 동기에 의해서 제기될 수 있다.

헌법소송 동기가 국회 내 협상절차의 부재로 문제제기할 통로가 차단된 경우, 정치적 동기는 비슷하지만 각각의 사례에 따라 반응성과 책임성에 대한 해석은 다르게 나타나고 있다. 청탁금지법은 반응성을 확대한 사례이며, 국회선진화법은 책임성을 최소화하고 있는 반면, 공직선거법은 책임성을 확대하고 있는 판결로 해석할 수 있다.

국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의사건은 국회 다수결 절차에 대한 문제 제기가 주된 사법심사 대상이 되지만, 헌법재판소는 절차의 위헌성에 대해서 부분적으로 위헌을 확인할 뿐, 그 입법의 효과에 대해서는 판단을 자제하고 정치과정에 개입하지 않는다는 원칙을 유지하고 있다는 점에서 사법자제 판결로 볼 수 있다.

다수결 원리와 여론이 불일치하는 경우에 개인의 침해된 권리를 구제하기 위해 헌법소송이 제기된 신행정수도이전법 사례는 헌법재판소가 여론에 대한 반응성을 극대화하고, 국회 다수결의 결정을 위헌 선언함으로써 책임성을 강화하고 있음을 알 수 있다.

정치국면 전환과 정권의 정통성을 도모하기 위한 통합진보당 해산 사건과 정치적 책임을 분산하기 위해 제기된 두 차례의 탄핵심판 사건을 심사할 때, 헌법재판소는 각각 정부의 의지 및 여론의 방향과 일치하는 사법자제 판결을 내림으로써 결과의 책임성 부담을 줄이는 대신 반응성과 제도적 정당성을 극대화시키는 전략적 행위자로 기능하고 있음을 확인할 수 있다.

다섯 가지 정치적 동기에 따라 헌법소송이 제기된 사건들을 살펴본 결과 헌법재판소는 사법자제 판결을 통해 제도적 정당성을 확대하고 있다는 공통점을 발견할 수 있다. 그러나 각 사례별로 반응성과

책임성에 대한 해석은 다르게 나타나고 있다. 다수결 원리의 불공평성에 대한 문제를 제기하는 헌법소송의 경우에는 반응성을 소극적으로 해석하고 있다. 그리고 그 판결은 원고의 입법재량이나 자율성의 영역에 개입하지 않는 사법자제 형식으로 나타나고 있다. 한편, 국회 내 협상절차가 부재한 경우나 다수결 원리와 국민여론이 서로 상충하는 경우 그리고 정치 국면전환과 정치적 책임의 분산 등의 정치적 이유로 제기되는 헌법소송에 대해서는 헌법재판소가 반응성을 적극적으로 실현하는 방향으로 판결을 내리고 있다.

결론적으로 원고의 무능력이 원인이 아닌 정치적 동기의 유형화에 해당하는 헌법소송의 경우 헌법재판소는 사법적 해결방식을 정치과정에 개입하지 않거나 여론의 방향과 일치하는 판결을 통해 사법자제 판단을 내리고 있다. 헌법재판소는 입법행위와 관련한 사건을 판단할 때 제도적 정당성은 확대하면서 반응성과 책임성은 정치적 사안에 따라 전략적으로 최소화하거나 혹은 최대화하고 있음을 알 수 있다.

주요어 : 정치적 동기의 유형화, 대의정치, 헌법재판소, 국민여론과 반응성, 제도적 정당성, 사법자제

학 번 : 2004-30058

목 차

제 1 장 서론	1
제 1 절 문제 제기 및 연구 주제	1
제 2 절 ‘정치의 사법화’에 관한 선행 연구	6
1. 정치의 사법화에 관한 정의 연구	6
(1) 정치의 사법화 정의에 관한 기존 논의	8
(2) 정치의 사법화 담론 형성의 제약요인	14
(3) 국내 헌정민주주의에 관한 담론	17
2. 사법적극주의와 사법자제에 관한 기존 연구	21
(1) 사법적극주의에 관한 기존 논의	21
(2) 사법자제 관점의 필요성 및 정의	30
제 3 절 연구 분석틀	33
1. 분석 개념 및 연구 대상	33
(1) 헌법소송의 정치적 동기 유형화	34
(2) 반응성, 정당성, 책임성에 관한 논의	39
① 반응성(responsiveness)	40
② 정당성(legitimacy)	44
③ 책임성(accountability)	45
(3) 헌법재판소의 ‘사법자제’ 판결 사례 분류	51
2. 연구 분석틀	57
제 4 절 논문의 구성	59

제 2 장 [헌법소송 유형 1]

국회 내 협상절차 부재로 제기된 사건 .. 64

제 1 절 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」

합헌 결정 64

1. 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」
사건의 헌법소송 발단 및 쟁점사항 66
2. 반응성 분석 69
 - (1) 국민여론과 입법 관계 69
 - ① 언론 보도 경향 및 여론조사 추이 69
 - ② 국민여론 반영의 모순 71
 - (2) 판결문에 나타난 반응성 검토 74
3. 합헌 결정의 정치적 의미 76
 - (1) 민주적 정당성과 내용적 정당성에 관한 헌법적 보완 .. 76
 - (2) 국회의 입법책임성 강조 77
4. 소결: 사법자제 판결을 통한 반응성과 정당성 강화 .. 79

제 2 절 국회선진화법(국회의원과 국회의장 간의

권한쟁의) 검토 81

1. 국회법 일부 개정법률안(국회선진화법) 사건의
헌법소송 발단 및 쟁점사항 82
 - (1) 국회의장의 법률안 심사기간 지정 및 본회의 부의
(직권상정) 87
 - (2) 국회 입법교착상태와 국회법 개정안 관계 94

(3) 정파 논리에 따른 졸속입법	101
2. 언론 보도 경향	103
3. 판결문에 나타난 반응성 및 사법자제 판단	104
(1) 판결문에 나타난 반응성 분석	104
(2) 각하 결정을 통한 사법자제	105
4. 소결: 제도적 정당성 강화	108

제 3 절 선거구 획정안(공직선거법 개정안) 논의 109

1. 선거구 획정안(공직선거법 개정안) 사건의 헌법소송 발단 및 쟁점사항	109
2. 언론 보도 경향	112
3. 판결문에 나타난 정치규범의 해석	112
(1) 투표가치의 평등에 관한 규범적 논의	113
(2) 대표성의 실현에 관한 현실적 논의	116
4. 헌법불합치 결정 이후 국회 논의과정 검토	120
5. 소결: 제도적 정당성과 책임성 강화	124

제 4 절 국회 협상절차 부재와 사법자제 판결에 관한 해석 · 126

제 3 장 [헌법소송 유형 2]

다수결 원리의 불공평성을 문제 제기한 사건 · 128

1. ‘국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의’ 사건 검토 ·	128
---------------------------------	-----

(1) 권한쟁의심판 사건 처리결과	129
(2) 주요 쟁점 사항	133
2. ‘국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의’ 주요 사례 검토 ..	135
(1) 국회의원 당사자 적격 여부(96헌라2)	141
(2) 한미FTA 비준동의안 상임위원회 상정 사건(2008헌라7) ..	142
① 헌법소송 발단 및 진행사항	142
② 언론 보도 경향 및 여론조사 추이	144
③ 판결문에 나타난 입법관련 행위에 대한 관점	144
(3) 본회의 반대토론 절차상의 하자 사건(2009헌라7)	147
① 헌법소송 발단 및 쟁점사항	147
② 판결문에 나타난 입법관련 행위에 대한 관점	147
③ 다수결 원리의 정당성 인정	149
(4) 미디어법 사건(2009헌라8·9·10 병합)	150
① 헌법소송 발단 및 쟁점사항	150
② 언론 보도 경향 및 여론조사 추이	152
③ 판결문에 나타난 입법관련 행위에 대한 관점	155
3. 국회의 자율성 범위와 권한쟁의심판의 정치적 효과 ..	159
(1) 국회의원의 법률안 심의·표결권	160
(2) 국회의 자율성 범위	161
① 법률안 가결선포행위의 의미	162
② 위법·위헌의 불특정화와 절차적 민주주의의 정당성 관계 ·	163
(3) 정치적 판결에 대한 해석	165
4. 소결: 사법자제를 통한 다수결 원리의 정당성 강화 ·	167

제 4 장 [헌법소송 유형 3]

다수결 원리와 국민여론 간의 불일치에서

비롯된 사건 169

1. 「신행정수도의 건설을 위한 특별조치법」 위헌 사건의
발단 및 쟁점사항 170
2. 반응성 분석 173
 - (1) 언론 보도 경향 및 여론조사 추이 173
 - (2) 판결문에 나타난 반응성 검토 175
3. 사법자제 판결: 절차의 위헌성 확인 177
4. 사법자제 판결의 정치적 의미 178
 - (1) 위헌 절차에 관한 헌법적 보완 178
 - (2) 지방자치단체장의 정치적 입지 강화 181
5. 소결: 반응성과 절차적 정당성 강화 182

제 5 장 [헌법소송 유형 4]

정치국면 전환과 정권 정통성 도모를 위해

제기된 사건 184

1. 통합진보당 해산심판 발단 및 주요 쟁점사항 185
 - (1) 통합진보당 해산심판 청구 185
 - (2) 정치적 쟁점사항 188
 - ① 민주적 기본질서의 해석 문제 189
 - ② 국회의원 자격심사 자율성 침해 문제 194
 - ③ 정부 제소 절차상의 문제 195

2. 헌법재판소와 대법원 간의 갈등	196
3. 통합진보당 해산 관련 언론 동향 및 반응성 분석	200
(1) 언론 보도 경향 및 여론조사 결과	200
(2) 여론과 사법자제 판결	202
4. 소결: 정치국면 전환과 사법자제 판결의 모순	203

제 6 장 [헌법소송 유형 5]

정치적 책임 분산의 이유로 제기된 사건 .. 205

1. 탄핵제도와 헌법재판기관	207
2. 탄핵제도 기존 연구 검토	211
(1) 기존 연구 및 탄핵제도 쟁점사항	211
(2) 탄핵절차의 주요 변수	214
① 여러 정부 기관들 간의 제도적인 권력균형	217
② 탄핵에 관한 헌법과 성문법 규정	217
③ 정당정치구조	217
④ 대통령의 인기와 대중성	218
⑤ 미디어 환경과 경제적 조건 그리고 국제적 압력 ..	218
⑥ 헌법재판관 임명방식과 임기	218
3. 노무현 대통령과 박근혜 대통령의 탄핵과정 비교	220
(1) 국회 탄핵소추안 발의	220
① 노무현 대통령 탄핵소추안 발의 및 처리 (제1차 탄핵사태)	227
② 박근혜 대통령 탄핵소추안 발의 및 처리 (제2차 탄핵사태)	227

③ 탄핵소추안 발의의 정치적 조건	229
(2) 헌법재판소 탄핵심판 내용	230
(3) 민주적 정당성과 여론	236
① 노무현 대통령 탄핵 관련 언론 및 여론 동향	237
② 박근혜 대통령 탄핵 관련 언론 및 여론 동향	241
(4) 탄핵심판의 정치적 결과	245
(5) 대통령 탄핵절차 요인에 대한 평가	247
4. 민주적 정당성의 획득	250
(1) 절차와 규범의 강조	251
(2) 민주적 정당성에 기반한 대통령 권력 견제	252
5. 소결: 사법자제 판결을 통한 반응성과 정당성 확대 ..	256

제 7 장 결론 258

1. 헌법소송의 정치적 동기 유형화 평가	258
(1) 반응성과 사법자제의 관계	260
(2) 분점정부와 사법자제의 관계	265
2. 함의와 전망	266

참고문헌 268

Abstract 295

표 목 차

[표 1-1] 거대정치에서 사법정치의 유형분류 체계	23
[표 1-2] 인사청문회 대상 및 근거법령	48
[표 1-3] 반응성을 적극적으로 실현한 ‘사법자제’ 판결 사례 ...	54
[표 1-4] 헌법재판소 연도별 접수 현황	62
[표 1-5] 헌법재판소 사건처리 현황	63
[표 2-1] 역대 국회의장 직권상정 현황	88
[표 2-2] 국회법 ‘국회의장 직권상정 관련 조항’ 개정 연혁 ·	91
[표 2-3] 2014.12.9. 심사기간 지정 및 본회의 부의 요청 법안 목록	91
[표 2-4] 민주화 이후 국회 회기별 법률안 처리 현황	96
[표 2-5] 헌법재판소 선거구 관련 판결 목록	110
[표 3-1] 권한쟁의심판 처리유형분류 및 건수	131
[표 3-2] 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 목록	136
[표 3-3] 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 인용사건 주요쟁점	139
[표 5-1] 통합진보당 판결 일지	197
[표 6-1] 역대 대한민국 헌법에 명시된 탄핵기관 변천사 ·	210
[표 6-2] 역대 탄핵소추안 발의 및 처리현황	221
[표 6-3] 대통령 탄핵사건 주요쟁점 비교	224

그 립 목 차

[그림 1-1] 연구 분석틀	57
[그림 1-2] 정치적 동기 유형화에 따른 분석틀	58
[그림 2-1] 의원/정부제출 법률안 접수 현황	98
[그림 2-2] 의원제출 법률안 처리 현황	99
[그림 2-3] 정부제출 법률안 처리 현황	100
[그림 3-1] 연도별 권한쟁의심판 접수 건수	130
[그림 3-2] 방송법 개정 찬반의견 여론조사 동향	153
[그림 6-1] 대통령 탄핵에 관한 다단계 게임	216
[그림 6-2] 노무현 대통령 탄핵반대 여론조사 동향	240
[그림 6-3] 박근혜 대통령 탄핵찬성 여론조사 동향	245

제1장 서론

I. 문제 제기 및 연구 주제

“헌법재판소¹⁾는 정치적 구원자인가?”, “국회가 해결하지 못한 사건을 헌법재판소가 정말 해결하고 있는가?” 본 논문은 ‘정치의 사법화(judicialization of politics)’로 분류할 수 있는 헌법소송들에서 소송을 제기하는 원고들이 정치 분쟁을 헌법재판소로 가지고 가게 되는 원인이 그들의 정치적 무능력 때문이 아니라는 가정에서 시작하고 있다. 이를 위해 헌법소송의 정치적 동기를 유형화하고 이를 대의정치의 주요한 요소인 반응성, 책임성, 정당성의 개념과 연결시켜 분석한 후, ‘정치의 사법화’로 분류할 수 있는 헌법소송에 대해서 헌법재판소가 사법자제 성향을 보이고 있다는 점을 밝히고 있다. 분점정부 상황에서 헌법재판소의 재량 범위가 넓어지면서 사법적극주의 성향을 보이고 있다는 주장이 일반적인데, 본 연구는 분점정부 상황에서도 사법자제 성향을 보이고 있다는 것을 헌법재판소 판결 사례를 통해 밝힘으로써 기존의 사법적극주의 논의에 반론을 제기하고 있다.

헌법소송은 국회 내부의 절차상의 하자, 다수결 원리의 정당성 확보, 다수결 원리와 국민여론 간의 불일치, 정치국면 전환과 정권의 정통성 도모, 정치적 책임의 분산 등의 이유로 제기된다. 이러한 정치적 이유들로

1) 헌법재판기관의 형태는 일반법원에서 헌법재판을 실시하는 일반법원형(미국, 캐나다, 오스트레일리아, 인도, 일본 등), 헌법재판소에서 헌법재판을 실시하는 헌법재판소형(독일, 오스트리아, 이탈리아, 스페인, 포르투갈 등), 특별기관에서 헌법재판을 실시하는 특별기관형(프랑스 헌법평의회, 그리스 특별최고법원 등)으로 구분된다. 한국은 헌법재판소에서 헌법재판을 관장하는 헌법재판소형에 해당한다. 헌법재판제도는 크게 분산형과 집중형으로 구분된다. 분산형은 사법심사권이 일반법원들에 분산되어 있는 미국식의 제도가 대표적인 반면, 집중형은 독립된 헌법재판기관이 사법심사권을 가지는 유럽식의 제도가 일반적이다. 민주화 이후 한국의 헌법재판소는 유럽형의 집중형 헌법재판제도를 특징으로 한다.

제기된 사건들에 대해서 헌법재판소는 판결을 통해 제도적 정당성을 확대하고 있다는 공통점을 발견할 수 있다. 그러나 각 사례별로 반응성과 책임성에 대한 해석은 다르게 나타나고 있다. 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의심판 유형은 입법행위와 관련한 판결에서 정치과정에 개입하지 않는다는 원칙을 유지하고 있기 때문에 여론이나 정부기관에 대한 반응성을 최소화하고 있다.

국회 내 협상절차의 부재로 문제제기할 통로가 차단된 경우에 헌법소송을 제기하는 동기는 비슷하지만 각각의 사례에 따라 반응성과 책임성에 대한 해석은 다르게 나타나고 있다. 청탁금지법은 반응성을 확대한 사례이며, 국회선진화법은 책임성을 최소화하고 있는 반면, 공직선거법은 책임성을 확대하고 있는 판결로 해석할 수 있다.

한편 신행정수도이전법은 헌법재판소가 여론에 대한 반응성을 극대화하고, 국회 다수결의 결정을 위헌 선언함으로써 책임성을 강화하고 있다는 것을 알 수 있다. 정치국면 전환과 정권의 정통성을 도모하기 위한 통합진보당 해산 사건과 정치적 책임을 분산하기 위해 제기된 두 차례의 탄핵심판 사건을 심사할 때, 헌법재판소는 각각 정부의 의지 및 여론의 방향과 일치하는 사법자제 판결을 내림으로써 결과의 책임성 부담을 줄이는 대신 반응성과 제도적 정당성을 극대화시키는 전략적 행위자로 기능하고 있음을 알 수 있다.

사법자제는 입법부와 행정부의 입장과 상관없이 여론이 어느 한 방향으로 기울어져 있고 만일 헌법재판소가 이러한 여론과 일치하는 판결을 내린다면 이를 사법자제로 판단할 수 있다. 본 연구에서 말하는 사법자제는 판결 결과가 의도적으로 정치과정에 개입하는 것을 자제하는 경우, 그리고 판결 결과가 국민여론을 적극적으로 반영하는 경우로 정의내리고 있다. 여론과 사법자제의 해석에 대해 사법권의 독립이 저해된다는 비판이 제기될 수 있다. 그러나 헌법재판소 판결과 여론이 일치하는 것만으로 사법권의 독립이 부정되는 것은 아니다. 사법권 독립 여부는 판결문의 논리성으로 판단해야 할 문제이지, 단순히 여론 흐름과의 일치여부만으로 판단해서는 안 되기 때문이다. 헌법재판소는 국회가 해결하지 못한

문제를 해결해 주는 구원자가 아니며, 사법자체 판결을 통해 문제 해결의 몫은 청구권자인 국회(입법자)에 남겨두고 있다. 헌법재판소는 문제를 해결하기 보다는 이미 국회에서 상당한 수준의 논의가 진행되고 여론의 방향이 형성되어 있는 상황에서 최종적으로 헌법적 가치를 부여해 주는 역할을 하고 있다. 결론적으로 헌법재판소는 정치의 사법화로 분류되는 헌법소송을 다룰 때 공통적으로 제도적 정당성을 확대하고 있지만 사안에 따라 책임성과 반응성은 전략적으로 확대 혹은 축소하는 전략적 정치행위자라고 평가할 수 있다.

본 연구는 ‘정치의 사법화’로 분류할 수 있는 헌법소송들에서, 소송을 제기하는 원고들이 정치 분쟁을 헌법재판소로 가지고 가게 되는 원인을 그들의 정치적 무능력으로 단정 지을 수는 없다는 점을 주장하고 있다. 즉 정치과정에 사법심사(judicial review)가 등장한다고 해서 이를 국회 제도 자체의 무능력과 연결시키는 것은 논리적 비약에 해당된다는 점을 강조하고 있다. 이러한 논리적 비약의 근거는 국회가 의사결정을 내리지 못하는 경우, 혹은 우회적으로 여론의 방향을 가늠하고 이를 사법적²⁾ 판단을 통해 논의를 종결짓는 경우 등이 빈번하게 발생한데서 기인한다. 그러나 국회가 의사결정을 내리지 못하는 현상을 보고 국회 제도 자체의 역할과 기능에 대한 비판으로 확대하는 것은 분석적인 시각이 될 수 없다. 기본적으로 국회는 다양한 이해관계를 대표하는 공간으로서 하나의 법안을 최종적으로 통과시키기까지 상당한 시간과 노력이 요구된다. 대표적인 예로, 소위 ‘김영란법’이라 통칭되는 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」은 음성적·관행적으로 이루어지는 부정청탁을 근절하기 위한 취지로 제안되었음에 불구하고 청탁의 주체와 대상에 대한 논란과 농업·요식업 종사자 등의 전방위적 반대로 시행 전 상당기간 진통을 겪은바 있다. 또한 「신행정수도의 건설을 위한 특별조치법」은 수

2) 사법의 영역에는 대법원 판결도 포함될 수 있지만, 본 연구는 헌법재판소 판결에 국한하고 있다. 헌법재판소와 대법원 간의 갈등도 나타나고 있는데, 이러한 갈등은 본 연구의 내용과 직접적으로 연결되는 것은 아니다. 다만 통합진보당 해산 사건에서 대법원의 판결 내용이 언급되고 있는데, 이는 정당해산 내용에 대한 해석을 서로 다르게 하고 있다는 점을 강조하기 위함이다.

도 이전 문제를 둘러싸고 국회에서 격론이 일어났으며 서울시의원들이 제기한 헌법소송에서 해당 법률은 헌법적 가치에 맞지 않는다는 위헌 판단이 내려지기도 했다. 헌법재판소의 판단으로 2005년 당시 수도이전 사업은 시행되지 못했다. 이는 국회에서 입법을 했음에도 불구하고 그 입법의 효력을 행사하기 위해 혹은 이미 국회를 통과한 법률이 헌법적 가치에 맞는 것인지에 관해서 국회 내에서의 논의뿐만 아니라 헌법재판소의 법률적 판단 또한 문제를 해결하는 하나의 통로가 될 수 있다는 것을 보여주는 사건이기도 했다. 이러한 사건들을 통해 일반적으로 국회가 해결하지 못한 사건을 헌법재판소가 해결한다고 보고 있다. 즉 국회는 제도적 정당성을 상실하는 반면, 헌법재판소는 정치적 구원자로 등장하게 되는 것이다. 그러나 국회가 해결하지 못한 문제를 헌법재판소가 해결하고 있다는 정치의 사법화 관점이 과연 맞는 것인지 면밀한 분석이 필요하다. 본 문제의식에서 본 연구가 시작되었다.

본 연구는 정치의 사법화를 입법의 사법심사 현상이라는 단선적인 분석에 치중하기 보다는 대의정치에서 나타나는 복합적인 체계로 인식하고, 이러한 체계를 정치과정에서 구조화하여 그 의미를 해석하고 있다. 본 연구가 주목하는 정치과정은 국회에서 제정된 법률이 헌법재판소의 판단 대상으로 전환되고 있는 지점이다. 일차적으로 국회에서 제정된 법률은 국회의원이 발의하고 심의하여 통과시킨다. 그러나 법률안 발의는 비단 국회의원뿐만이 아닌 정부도 정부안이라는 형태로 발의할 수 있다. 국회에서 법률안이 통과되는 과정은 국회의원 개인뿐만 아니라 국회의원 소속 정당, 그리고 대통령 및 행정부와 관계를 포함하는 정치적 역학관계에 의해서 발생된다. 국회에서 제정된 법률은 해당 법률의 시행으로 인해 승자와 패자(상대적 불이익을 받는 집단)로 구분된다. 상대적으로 불이익을 받는다고 생각하는 집단은 법률안의 시행을 거부할 수 있다. 과거 권위주의 시대 혹은 민주화로 전환된 이후에도 장외투쟁이나 물리적 폭력을 통한 반대가 문제를 해결하는 하나의 방법이였다면, 헌법재판소가 본격적으로 운영된 1988년 이후에는 합법적 과정, 즉 법률과 헌법적 가치의 정합성에 대한 판단을 통해 법률의 무효를 선언하고 승자와

패자의 위치가 바뀔 수 있는 통로가 마련되었다.

본 연구는 일련의 사례를 통해 ‘정치의 사법화’로 분류한 헌법소송들을 먼저 제시하고, 소송을 제기하는 원고들이 정치 분쟁을 헌법재판소로 가지고 가게 되는 원인들을 유형화해서 제시하고 있다. 소송의 정치적 이유를 유형화하는 작업은 헌법재판소가 정치과정에서 어떠한 정치행위자인지 해석하는데 실증적 자료로 활용된다.

이를 위해 본 연구는 정치과정의 주요한 개념인 반응성(responsiveness)과 정당성(legitimacy), 그리고 책임성(accountability)을 헌법재판소 판결에 적용하고 있다. 반응성은 여론의 역할과 관련된 논의, 정당성의 차원은 크게 제도적-기능적 정당성, 인적-조직적 정당성, 그리고 실질적-내용적 정당성과 관련한 내용³⁾, 그리고 책임성은 인사청문회와 헌법재판소법 개정사항과 관련한 내용으로 구성된다.

국회는 유권자를 대상으로 한 위임기관이라는 점에서 책임성과 대표성을 근간으로 한다. 국회는 선거를 통해 선출된 국회의원들로 구성된 집단으로서 국민여론에 민감하게 반응하게 된다. 기본적으로 국회의원은 선출된 순간 국민 전체를 대표해야 한다.⁴⁾ 그럼에도 불구하고 지역구를 가지고 있는 국회의원은 해당 지역구민을 위해, 혹은 특정집단의 대표성을 인정받은 비례대표 출신 국회의원은 해당 집단의 이익실현을 위해 국회 의사결정과정에서 다각적인 의견을 제시하고 의정활동을 하게 된다. 이는 특정 여론에 대한 반응성을 보여주는 것뿐만 아니라 책임성 또한 동시에 실현하게 되는 구조로 이해할 수 있다. 이러한 과정을 통해 국회는 국민들로부터 제도로써 정당성을 인정받게 된다.

헌법재판소 역시 정치과정에서 주요한 행위자이기 때문에 반응성과 책임성을 실현하게 된다. 헌법재판소는 대통령 탄핵심판과 같은 사건을 통해 국민여론에 민감하게 반응하게 되며, 현재의 제도적 운용 방식은 헌법재판소장과 재판관에 대한 인사청문회를 실시함으로써 간접적으로 반응성과 책임성을 실현하고 있다. 헌법에 명시되어 있는 헌법재판소의 역

3) 헌법재판소의 민주적 정당성에 관한 연구는 허완중(2012) 참고.

4) 헌법재판소는 국회의원의 대표성과 관련하여 ‘자유위임’ 원칙을 확인한바 있다(헌재 2009.3.26 선고 2007헌마843).

할은 제도로서의 정당성에 기반하고 있다. 그리고 헌법재판소장과 헌법재판관 등의 임명과정을 통해 헌법재판소는 간접적으로 국민의 신임을 통해 인적 정당성을 획득한다. 실질적 정당성은 국민의 의사가 반영되고 있다는 것을 보여줄 때 내용적 의미를 가진다. 제도적, 인적, 그리고 실질적 차원의 세 가지 정당성이 서로 유기적으로 연결되어 있을 때 가장 이상적인 정당성으로 구현될 수 있으나, 그 조건이 반드시 충분조건은 아니라고 본다. 왜냐하면 독재국가의 경우도 성문헌법에 근거한 헌법재판소를 운영하고 있지만, 단지 성문헌법의 존재만으로 이들 국가를 민주주의 국가의 범주에 포함시키지 않기 때문이다. 헌법재판소에 대한 비판은 선출되지 않은 재판관들이 선출된 기관의 임기와 입법결정 등을 무효로 만든다는 것이다. 그러나 선출된 기관은 일차적으로 선거를 통해 정당성을 부여받지만 이를 유지하기 위해서 유권자에 대한 반응성과 책임성 등을 통해 지속적으로 평가를 받게 된다. 헌법재판소가 민주주의 구조 속에서 정치행위자라는 점을 강조하기 위해서는 선출직에 대한 평가기준이 헌법재판소에도 같은 논리로 적용되어야 한다. 헌법재판소 역시 국회처럼 반응성과 책임성을 통해 제도적 정당성을 확보하는 정치행위자라고 한다면, 임명직에 대한 정당성을 판단하는 기준이 같은 기준으로 적용되어야 논리적인 설득력이 있을 것이다.

II. ‘정치의 사법화’에 관한 선행 연구

1. 정치의 사법화에 관한 정의 연구

국가조직은 상호 유기적으로 연결되어 있으며, 다양한 정치·경제·사회상황 등으로 그 권한과 책임을 분리하기 어려운 경우가 발생한다. 다양한 사회갈등을 제도화의 틀 속에서 풀어내는 국회가 그 갈등을 해결하지 못하고 주요 쟁점사항에 대한 판단을 사법부의 판단을 통해 해결하는 경우가 많아지고 있다. 두 차례의 대통령 탄핵심판, 통합진보당 해산 결정, 신행정

수도특별법 위헌 판결, 그리고 부정청탁금지법 합헌 판결 등의 공통점은 헌법재판소가 첨예한 정치적·사회적 갈등을 최종적으로 해결하는 모습을 보인다는 것이다. 이러한 현상은 비단 한국뿐만 아니라 전 세계적으로 나타나는 현상이기도 하다(Schwartz 1993; Tate 1995; Kenney, Reisinger & Reitz 1999; Shapiro and Stone Sweet 2002; Hirschl 2004). 해밀턴은 “사법부는 칼이나 돈보다 영향력이 세지 않으며, 적극적인 결단력도 부족하다. 힘(FORCE)과 의지(WILL)는 부재하고, 오로지 판단만이 존재한다. 그리고 이러한 판단이 효력을 발휘하기 위해서는 집행부에 최종적으로 의존해야 한다”(The Federalist Paper 1961, 465)고 지적한 바 있다. 해밀턴은 미국 연방대법원이 사회 변화를 실행할 정도의 힘이 없다고 판단한 것이다. 그러나 시민사회가 확산되고 국가권력이 보다 제도화되는 정치과정을 거치면서 사법부는 그 역할이 보다 확대되어 왔다. 토크빌은 민주주의 제도와 법 제도 간의 투쟁을 보여주는 중요한 사례에 관해 서술하면서, “미국에서 발생하는 거의 모든 정치적 문제는 시간이 조금 빠르냐 더디냐의 차이만 있을 뿐 결국은 사법적 문제로 귀착된다”고 간파했다. 그는 판사, 배심원단, 법원이 사회적 의사 결정의 중심이 되었을 뿐만 아니라, 인민들이 “일상에서 논쟁을 벌일 때 그로부터 아이디어나 법적 절차에 특유한 언어까지도 가져다 쓰는 경향까지 있다”(Tocqueville 1945, 290)고 진단했다.⁵⁾ 한편 관련 연구들에서도 미국 연방대법원이 정치적 행위자라는 견해가 대두되기 시작했다(Dahl 1957, *Decision-Making in a Democracy*; Peltason 1955, *Federal Courts in the Political Process*; Shapiro 1964, *Law and Politics in the Supreme Court*). 그리고 독일에는 정치적 수사인 ‘카를스루에⁶⁾로 가는 길(Gang nach Karlsruhe)’이란 표현이 나올 정도로 상당수의 정치논쟁이 법에 의해서 해결되고 있다. 나이어에 의하면 “1950년대 초 이후, 사회 저항 운동에서 공공정책을 변화하는데 법원은 가장 접근 가능하고 때로는 가장 효율적인 정부 기관으로 변모해 왔다”고 평가내리고 있다(Neier

5) 아담 쉘보르스키·호세 마리아 마라발 2008, 404-405.

6) 독일 연방헌법재판소는 독일 남서부 카를스루에(Karlsruhe)에 소재하고 있다.

2012, 13). 토크빌의 시대부터 현재까지 법적 담론은 그 영역을 확장해 오고 있으며, 사안에 따라 사법부가 정부 기관보다 우위에 놓여있다고 보는 시각도 나오고 있다. 한편 사법부의 역할이 증대되면서 이에 관한 비판적인 의견도 나타나고 있다. 비켈(Alexander Bickel)은 20세기 미국 대법원의 사법적극주의와 진보적 판결은 사법부에 헌법상 근거가 없는 권력집중을 가져와 사회질서에 해가 될 것이라고 비판하고 있다(Bickel 1962). 사법부 역할에 대한 비판과 담론이 많아진다는 것은 사법부가 현대 민주주의 논의에서 과거와는 달리 그 영향력이 확장되고 있다는 것을 의미한다.

여기에서는 정치의 사법화에 관한 정의를 어떻게 내리고 있는지 살펴보고, 국내 헌정민주주의에 관한 담론을 정리하고 있다. 국내에서 헌정민주주의에 관한 논의가 진행되고 있지만, 그럼에도 불구하고 여전히 한국정치 분야에서 정치의 사법화 문제가 본격적인 정치학적 논의 대상이 되지 못하는 이유도 동시에 살펴보고 있다.

(1) 정치의 사법화 정의에 관한 기존 논의

헌법은 민주주의의 이념적 가치와 원리를 실현하기 위한 규범적 테제이며, 소수뿐만 아니라 다수 그리고 궁극적으로는 모든 사회구성원의 기본권을 보호하고 국가정체성을 규정하는 최고규범이다. 헌법재판은 헌법의 최고규범성을 전제로 한다. 근대적 의미의 성문헌법이 채택된 후 헌법이 최고규범성을 가진 근본법으로 인식되면서 헌법에 위반되는 하위의 국가작용들을 교정할 수 있는 헌법재판제도의 이론적 토대가 마련되었다. 헌법재판제도가 본격적으로 일반화하기 시작한 것은 제2차 세계대전 이후였다. 독일 기본법은 기본권을 모든 국가기관을 직접 기속하는 법으로 명시하는 한편, 일반법원과 별도로 헌법재판에 대한 특별 관할권을 갖는 연방헌법재판소를 설립하였다. 독일의 연방헌법재판소는 설립 이래 헌법의 수호자 역할 뿐만 아니라 기본권의 최종적 구제자로서의 역할도 수행하고 있다(헌법재판소 2009, 53~54).

민주적 정치과정은 제도적 특성상 다수와 소수를 생산해낸다. 여기에서

말하는 소수는 터쉬넷(Mark Tushnet)이 강조하는 것처럼 ‘단순한 패배자와 스스로를 정치에서 보호할 수 없기 때문에 패배하는 소수를 구분 (Tushnet 1999, 159)’하는 것에서부터 시작하고 있다. 게임에 참여할 수 있는 소수는 자원을 동원할 수 있는 능력이 있는 집단을 의미하며, 이들은 정치과정에 적극적으로 참여할 수 있는 유인 구조를 가지고 있다. 반면 스스로를 보호할 수 없는 소수는 법의 테두리 안에서 보호의 대상이 된다. 전자가 정치적 소수를 의미한다면, 후자는 법적 소수를 지칭한다는 점에서 소수를 정의내리는 관점은 각기 상이하다. 승자의 게임에서 소외된 소수는 정권교체라는 민주주의 원리에 근거하여 다수가 될 수 있는 기회를 가지게 된다. 소수에 대한 보호 역시 민주주의 원리에서 반드시 필요하지만, 다수제 원리에 기반하고 있는 민주주의 체제에서는 소수가 소외되는 경우가 발생한다. 다수제에서 배제되고 있는 소수는 힘의 불균형을 개선하고 그 권리를 보호하기 위해 기존의 정치과정보다는 본인들에게 보다 유리하다고 판단되는 사법적 판단을 통해 해결방법을 찾기도 한다. 그러나 이러한 과정은 비단 소수에게만 해당되는 것은 아니다. 다수의 경우에도 사법부를 통해 정당성 획득을 도모할 수 있다. 다수와 소수 문제는 국회 내 의석수와 연결된다. 이는 여당과 야당의 의석 분포, 정당 의석 배분, 그리고 대통령과의 관계를 포괄하는 문제로 확대된다.

일반적으로 ‘법은 국가적 강제력에 의해 그 효력이 보장되는 규범(norm)’이라는 법 실증주의적 정의가 통용되고 있다. 그런데 법의 개념이 법 실증주의적 이론에 기반을 두고 있다고 하여 그것이 곧 나치(Nazi) 독일시대의 법실증주의를 의미하는 것은 아니다. 나치 독일의 법실증주의는 극단적인 형태로서 나치가 장악한 의회에서 통과된 법률은 절대적 효력을 갖는 것이고 그에 대한 인권 침해 등의 시비는 불가능하다는 것을 골자로 한다(허영 2005, 263-264; Rincken 2002, 60; Vallinder 1995, 19-20). 이를 이론적으로 뒷받침 한 것이 슈미트의 논의이기도 하다(카를 슈미트; 김도균 옮김 2015). 슈미트는 개인을 중심으로 하는 도덕적 담론으로서의 자유주의적 개인주의와 본질적으로 정치적이며 동질성에 기초한 정체성을 창조할 것을 목표로 삼는 민주주의적 이상 사이에는 극복할 수 없는 대립이 존재한

다고 지적하고 있다. 자유주의는 민주주의를 부정하고, 민주주의는 자유주의를 부정하며, 의회민주주의는 민주주의와 자유주의 양자의 표출로 만들어져 있기 때문에 결국 살아남을 수 없는 체제라고 주장한다(상탈 무폐; 이행 옮김 2006, 66). 2차 대전 종료 후 서독에서는 형식적으로는 켈젠(Hans Kelsen)의 이론에 입각한 오스트리아 식의 헌법재판소를 도입했지만, 실질적으로는 미국의 연방대법원의 경험을 계승한 독일 연방헌법재판소를 설립하였다(Rinken 2002, 57-62; Vallinder 1995, 22-23). 이는 과거의 극단적인 법실증주의를 극복하고, 국민의 기본권을 보장하기 위해서는 민주적 정당성을 갖는 의회에서 통과된 법률도 헌법 위반으로 무효화시킬 수 있는 실질적 의미의 입헌민주주의를 확립시키기 위함이었다(Blankenburg 1996, 250-56; Vanberg 2005, 9-12). 그리고 독일의 경험은 민주화의 제3의 물결을 타고 새로운 정치체제를 갈망하던 동유럽의 여러 국가들과 제3세계 국가들로 퍼져 나갔다(Schwartz 2000, 19-20; Hirschl 2004, 1).⁷⁾

로(David Law), 긴스버그(Tom Ginsburg), 드레셀(Björn Dressel), 허셸(Ran Hirschl), 테이트(Neal Tate) 등은 제도적 관점에서 정치의 사법화를 논의하고 있는데, 이들은 공통적으로 사법부의 독립과 사법적 의사결정의 확대를 주요한 특징으로 강조하고 있다.

로(David Law)는 정치의 사법화는 (a)법원의 정책결정 역할의 확대, (b)비사법적 영역에서 법적 개념과 논쟁 전개, 그리고 사법적 정책결정 메커니즘 사용 등과 같은 사법적 의사결정 방법의 확산이라고 보고 있다. 그는 정치의 사법화는 크게 두 가지 사항에서 공통점을 가지고 있다고 지적한다. 첫째, 정치의 사법화는 전 세계적으로 확산되고 있다(Shapiro and Stone Sweet 2002; Hirschl 2004)는 점이다. 둘째, 정치의 사법화는 정치 행위자들 대신 법원이 정책을 결정한 권한을 가지고 있다(Graber 1993; Stone Sweet 1999, 2004; Ginsburg 2003; Hirschl 2004; Whittington 2007)고 지적한다.⁸⁾ 로가 보여주는 정치의 사법화 관점은 테이트(Neal Tate)가

7) 차동욱 2006a, 113-114.

8) Law 2011, 384-385.

주장하는 관점과도 유사하다. 테이트는 과거 입법부나 행정부와 같은 정부 기관에서 해왔던 정책결정을 사법부가 대체하는 과정으로 정의하고 있다. 또한 비사법적 협의나 정책결정포럼이 준사법적(quasi-judicial) 규칙과 절차에 의해서 독점되는 과정으로 이해하고 있다(Tate 1995, 28).

한편, 긴스버그(Tom Ginsburg 2003, 2009)는 정치 제도적 구성이 신생 국가에서 발달하고 있는 사법심사를 이해하는데 반드시 필요한 요인이라고 지적하고 있다. 정치적 불확실성(political uncertainty)이 헌법적 협상(constitutional bargain)을 보장(보증)하기 위한 보험의 형태로 사법심사를 도입하게 되는 계기가 된다는 것이다. 불확실성이 증가함에 따라 민주화(democratization)는 사법심사에 대한 수요가 더욱 증대될 것이며, 정치적 분산(political diffusion)의 정도는 법원이 권한을 얼마나 성공적으로 행사할 수 있느냐에 따라 결정된다고 보고 있다. 긴스버그는 사법권한(judicial power)이 발전하기 위해서는 국내 정치적 분산(domestic political diffusion)이 필수조건이라고 주장한다(Ginsburg 2003, 19-20). 이러한 그의 주장은 헌법 제·개정을 둘러싸고 사법부의 독립이 필요한 신생민주주의 국가에 적합한 설명이라 할 수 있다.

정치의 사법화는 사법 영역의 확대라는 점에서 공통적인 의견을 보이지만, 이를 해석하는 관점은 그 대상과 범위에 따라 위로부터의 정치의 사법화와 다른 한편으로는 아래로부터의 정치의 사법화로 구분된다. 기본권 보장 등 권리에 대한 인식과 보호는 아래로부터의 정치의 사법화 영역인 반면, 정치인들의 행태와 전략 그리고 정치권력에 관한 분석은 위로부터의 정치의 사법화 분야에 해당된다. 정치와 법 관계는 양자 간의 점점 부분을 어떻게 해석하느냐에 따라 관점과 분석범위가 달라질 수 있다. 드레셀은 정치의 사법화에 관한 연구 경향을 수요와 공급 측면으로 정리하고 있다. 그는 위(above)로부터의 정치의 사법화를 공급 측면(supply-side driven)으로 간주하고 구조적 동학과 행위자에 주목한다. 미시적인 수준에서 행위자에 방점을 찍고 있는 이 관점은 이해 타산적이고 전략적인 행위자가 사법부에 권한을 위임하는 것은 정치적 배경이 있기 때문일 것이라고 보고 있다(Dressel 2012, 4-5). 이러한 연구는 역기능적 제도(Guarnieri and

Pederzoli 2002; Ferejohn 2002), 사법부로 하여금 책임을 지게 하는 권한 위임(Voigt and Salzberger 2002), 정책에 대한 정당성 확립(Morton 1995; Goldstein 2001), 그리고 법관의 사적 동기 부여(Tushnet 1999; Waldron 1999; Bork 2003; Baum 2006) 등으로 다양하게 논의되고 있다. 드레셀은 합리적이고 전략적인(rational-strategic) 관점을 장래보장모델과 헤게모니 보존 모델로 구분하고 있다. 장래보장모델(insurance model)⁹⁾은 선거 경쟁이 증대되는 상황에서 전략적 보험수단으로서 사법부에 권한을 위임(Ramseyer 1994; Ginsburg 2003)하는 것이고, 헤게모니 보존 모델(hegemonic preservation model)은 대중정치에 취약해진 엘리트가 권한을 보존하기 위한 수단으로서 사법부에 권한을 위임한다는 논리이다(Hirschl 2006, 2008). 공급 측면 이론의 핵심은 불확실성을 가정하고 있으며, 정치인은 사법부의 역할 강화로 나타나는 이익과 혜택에 관한 합리적 계산을 하고 있다는 것이다. 한편 수요 측면(demand side)의 정치의 사법화는 민주주의의 확산과 연관이 있다. 헌법적 변환과 정치의 사법화를 민주화와 근대화라는 거시적 관점으로 분석하거나(Shapiro 1999; Sunstein 2001), 기능주의적이고 신제도주의적 관점에서 집합행동의 문제를 해결하기 위한 시스템 효율성의 관점에서 분석하는 시각(Feeley and Rubin 1998; North and Weingast 1989; Weingast 1993; Shapiro and Stone Sweet 2002)이 있다. 한편, 권리 인식의 전 지구적 확산 및 시민사회에 의한 동원을 지지하기 위한 법적 구조의 확대라는 관점에서 분석하는 연구도 있다(Tate and Vallinder 1995; Epp 1998; Slaughter 2000).

허셜¹⁰⁾은 정치의 사법화를 이해타산적인(self-interested) 정치적 이해관

9) 램세이어(Mark Ramseyer)는 “정치지도자들은 미래의 사법부를 지배하기 위하여 현재의 사법부에 복종한다”고 표현하였다(Ramseyer 1994, 741). 관련 논의를 이론적으로 정리한 차동욱 논문 참고(차동욱 2006c, 309-310)

10) 허셜(Ran Hirschl)은 거대정치(mega-politics)의 사법화, 즉 거대정치를 다룰 때 법원에 의존하는 현상을 강조하고 있다. 거대정치는 선거과정의 사법화, 거시경제계획 혹은 국가안보 영역에서 행정권의 사법적 검토, 정의의 딜레마 문제, 체제 변화의 사법적 문제, 집단정체성과 국가건설과정의 사법화 등의 하위범주를 포함한다. 그 결과 전 세계적으로 대법원은 각각의 국가에서 주요한 정책결정기구로 변화하고 있다고 주장한다. 허셜은 이러한 과정을 사법통치주의(juristocracy)로의 전환이라고 기술하고 있다(Hirschl 2008b,

계자들이 행하는 실체적이고 구체적인 선택과 전략적 고려사항의 함수로 보고 있다. 정치인의 관점에서 보면 정책결정 권한을 사법부로 위임하는 것은 책임을 전가하는 효율적인 수단이 될 수 있으며, 그 결과 정치인이 책임져야 할 위험이 감소될 수 있음을 의미하는 것이다. 정치권에서 해결할 수 없거나 해결할 의지가 없는 정치적으로 “뜨거운 감자(hot potatoes)”를 사법부로 이양하는 것은 정치인들에게 상당히 편리한 퇴로를 제공해 주기도 한다. 한편, 정치적 반대자는 정부에 대항하기 위해 사법부의 판단을 개입시키고 있다. 정치적 반대자 혹은 소수자는 실질적인 소송의 결과와는 상관없이 미디어에 노출시키기 위해 소송을 감행하기도 한다.¹¹⁾ 허셜은 정치력 상실에 대한 두려움이 강한 집단, 즉 정치사회적으로 영향력 있는 집단들은 “헤게모니 보존(hegemonic preservation)”을 위해 사법적 권한위임(judicial empowerment)을 추진하게 된다고 보고 있다. 그는 정치의 사법화는 제도적, 사회적, 그리고 정치적 요소들이 상호 융합되어 나타나는 것이라고 주장한다(Hirschl 2008b, 134-138).

오도넬(Guillermo O'Donnell)은 사법화와 법제화를 구분해서 인식하는데, ‘법제화’에 대해서는 군부독재시절의 임의적 정치행위를 대체하는 긍정적 의미를 부여하는 반면, ‘사법화’에 대해서는 서로 상반되는 측면이 있기 때문에 그것의 정치적 함의에 대한 신중한 접근과 분석을 요구하고 있다(O'Donnell 2006, 296-297). 오도넬이 법제화라고 명명한 것은 초기 한국 헌법재판소의 판결 경향에서 나타난다. 헌법재판소는 초기 과거 군부정권의 잔재를 청산하기 위해 헌법에 불합치되는 사항을 개선하는데 주력해왔다. 이는 민주화 과정 이후 민주주의를 공고히 하는 과정에서 법치국가를 제도적으로 확립하기 위한 과정중의 하나로 이해할 수 있다. 법제화와는 달리 사법화는 정치적 요소와 밀접한 연관을 가진다. 정치적 요소란 정책결정과정에서 행위자 주체의 문제, 과정에 참여하는 정도와 반응성(responsiveness)의 문제, 그리고 의사결정에 대한 결과의 책임

119-124).

11) 도탄과 호프농(Dotan & Hofnung)은 정치인들이 소송과 사법적 판단에 의존하는 이유를 이스라엘의 사례를 들어 분석하고 있다(Dotan and Hofnung 2005, 75-103).

(accountability) 등을 포괄한다.

정치의 사법화에서 논란이 되는 부분은 ‘사법화’라는 단어의 정의에 있다. 오도넬이 이해하고 있는 사법화는 긴스버그와 셰프터(Ginsberg and Shefter 1990)가 정의한 ‘다른 수단에 의한 정치(politics by other means)’와 일정부분 맥을 같이 한다. 여기에서 말하는 다른 수단은 전통적인 정치 행위자인 정당이나 정치인이 선거와 투표의 방법을 통해 의사결정을 하던 방식에서 그 범위가 확장되어 비전통적인 방법에 의해서 새로운 행위자가 등장하여 의사결정과정에 참여하는 것을 말한다. 이전에 상대적으로 주목을 받지 못했던 사법부가 정치과정에 참여하는 빈도와 범위가 확대되면서 주요 행위자로 주목받고 있는 것이다.

(2) 정치의 사법화 담론 형성의 제약요인

전 세계적으로 사법부가 정치과정에서 주요한 행위자로 주목받고 있고, 이러한 현상은 한국사회에서도 예외는 아니다. 그러나 이러한 현상을 정치학적 관점으로 풀어내기 위한 시도는 현상학적 서술에 그치거나 혹은 담론의 폭이 좁은 수준에서 머물고 있다. 한국정치 분야에서 헌정민주주의에 관한 담론이 부재한 이유는 무엇인가? 같은 맥락에서 한국정치에서 정치의 사법화에 관한 정의를 내리기 어려운 이유는 무엇이며, 담론 형성의 제약 요인은 무엇인가?

정치의 사법화는 입법부와 사법부간의 제도적 경쟁을 통해 균형을 찾아가는 과정으로 인식되어야 한다. 국회와 헌법재판소는 모두 제도적 권한을 확대하는 과정에서 양자 사이에 갈등관계를 보인다. 페레존과 파스키노의 지적처럼, 이런 갈등 하나하나를 “권한을 유지하거나 증대시키려는 욕망에 뿌리를 두고 있으며 반드시 적법성의 규범들과 연결되어 있는 것은 아니라는 의미에서 정치적”이다(아담 웨보르스키·호세 마리아 마라발 2008, 64). 그렇다면 한국 상황을 적절하게 설명하고 논증하는 정치의 사법화에 관한 정의는 무엇인가? 또는 서구에서 정의하고 있는 정치의 사법화, 즉 입법의 사법심사 현상이 우리 정치현실에 적용되는 적절한 개념인가라는

의문이 제기될 수 있다. 한국적인 상황에서 나타나고 있는 정치의 사법화는 운용기법이나 제도적 특성상 서구에서 정의하고 있는 내용과는 그 기본 전제부터 다르게 나타난다. 미국에서는 사법심사 대상이 되는 것도 법관의 재량사항이 되지만, 한국은 헌법에서 사법심사 대상을 명확하게 규정하고 있다는 점에서 양자는 그 출발이 다르다. 대한민국 헌법에는 헌법재판소가 다섯 가지 영역에서 사법심사를 할 수 있는 규정을 두고 있다.¹²⁾ 위헌법률심판과 헌법소원심판은 법률안 위헌 여부를 판단대상으로 하고 있으며, 탄핵심판과 정당해산심판, 그리고 권한쟁의심판은 피청구인의 행위와 권한의 존부가 헌법이 규정한 범위에 적합한지 여부를 판단대상으로 한다. 이러한 근거조항은 영미권과 상당히 대조적인데, 영미권은 연방문제(federal question)라면 연방법원이 다룰 수 있다¹³⁾는 다소 불명확한 관할권을 제시하고 있어 연방법원의 판결대상이 되는 것부터 이미 정치적 논란의 대상이 된다. 따라서 수많은 연방문제 중 연방법원의 심사 대상이 되지 못하는 사례¹⁴⁾들만 별도로 분류해 연구하는 것도 일종의 영미식 정치

12) <헌법 제111조 제1항, 헌법재판소법 제2조> 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다. 1. 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부심판 2. 탄핵의 심판 3. 정당의 해산심판 4. 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판 5. 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판

13) 28 U.S.C § 1257 (“The [U.S. Supreme] Court may only review final judgments rendered by the highest court of a state in which a decision could be had if those judgments involve a question of federal statutory or constitutional law.”)

14) 미국 연방대법원의 사건이송영장제도가 대표적이다(임지봉 2004, 사건이송영장제도; 상고 청구 영장(Writ of certiorari; 약칭하는 경우 cert.). 사안이 권리 상고 이유에 해당되지 않아 하급심 법원의 판결에 대해 상고할 권리를 갖지 않는 경우, 상고 청구 영장을 신청하여 상고청구를 할 수 있다. 연방대법원은 재량에 의하여 상고 청구에 대해 상고를 허락하거나 허가하지 않을 수 있다.

28 U.S.C § 1254 (“The [U.S. Supreme] Court may review any case in the federal courts of appeals by writ of certiorari upon the petition of any party to any civil or criminal case.”)연간 대략 7,500여 사안에 대한 상고 청구가 접수되고, 연방대법원은 이 중에서 근래 대체로 연 100개 이하의 사안에 대해서만 상고를 허가하여 심리, 판결한다(이우영 2009, 212-214). 우리나라의 경우에도 1981년 상고허가제를 도입한 적이 있었지만 국민들의 불만으로 10년 만에 폐지되었다.

의 사법화 연구 방식 중의 한 가지이다.¹⁵⁾ 그러나 한국의 경우는 상황이 다르다. 한국은 헌법에서 헌법재판소의 심판 영역이 명시되어 있으며, 해당 조항에 근거하여 정치과정으로 해결되지 못한 법률 혹은 정치과정에서 다수제의 원리에 따라 해결되었더라 하더라도 여전히 갈등의 여지가 있는 법률은 헌법에 의한 적법한 절차와 관할에 따라 사법심사의 대상이 될 수 있다.

헌정민주주의에 대한 담론을 연구하기 위한 전제는 국민의 투표 행위에 대해서 과도한 민주적 의미를 부여하는 것을 경계하는 것에서부터 출발한다. 과거 군부독재정권이 종식되면서 국민이 참여할 수 있는 제도적 기반, 즉 투표권을 가지면 민주주의가 실현된 것이라고 간주해왔다. 이는 절차적 의미에서의 민주주의 확립이라고 볼 수 있다. 그러나 국민의 투표행위는 국회의원의 행태에 정당성을 부여하는 수단으로 변질 되었으며, 역으로 국민의 투표행위로 구성되지 아니한 기관인 헌법재판소는 민주적 정당성이 없는 기관으로 간주되어왔다. 이러한 인식은 민주적 정당성이 없는 헌법재판소가 정치과정에 개입해 민주주의의 위기를 초래한다는 비판으로 이어지고 있다. 이러한 비판은 ‘사법의 정치화’ 현상으로 명명되기도 한다. 이는 투표가 정치적 대표 기능을 원활히 하고 있다는 전제를 바탕으로 하는 것이다. 그러나 국민의 투표 행위는 모든 의사를 일반화할 수도 없을 뿐만 아니라, 다수가 되지 못한 의견의 사표화 그리고 투표에 참여하지 않은 의견의 배제를 통해 왜곡되어 나타나기도 한다.¹⁶⁾ 입법부가 국민의 대표기관이라는 주장은 국민의 의지가 일관되게 반영될 수 있는 통로가 마련될 때

15) Segal & Spaeth는 가치개입모델(attitudinal model)을 통해 경험적 분석을 시도하고 있다. Segal, Jeffery A. and Harold J. Spaeth. 1993. *The Supreme Court and the Attitudinal Model*. Cambridge: Cambridge University Press.

16) 이황희는 헌법재판의 활성화 원인을 사회갈등을 제대로 해소하지 못하는 정치영역의 무력함에서 찾고 있으나, 설사 정치영역의 무력함이 해소된다 해도 위헌법률의 문제를 헌법소송으로 해결하려는 시민들의 공적 참여는 유지될 것으로 보고 있다. 헌법소송은 대의민주주의에서 참여의 한계를 보완하고 직접적인 권리 구제 수단으로서 시민들의 직접적인 참여를 보장할 수 있다고 보는 것이다. 참여가 제약된 대의민주주의의 조건이 유지되는 한, 부당한 법률의 개폐를 어떻게든 도모해 보려는 시민들의 시도가 헌법소송으로 이어질 가능성이 있다고 주장한다(이황희 2017, 18-19).

정당성을 가지는 것이다. 그러나 자유위임을 부여받은 국회의원들과 그들이 소속되어 있는 정당은 국회라는 하나의 단일한 제도로 대표되기에는 첨예한 이해관계로 얽혀있다. 또한 정당의 기능이 쇠퇴하면서 사회적 균열을 제대로 반영하지 못하는 문제점도 나타나고 있다. 따라서 국민의 투표행위에 대한 민주적 의미를 과대평가 해왔기 때문에 헌법재판소는 정치과정에서 배척되어왔고, 그 결과 한국사에서 헌정민주주의가 발전할 수 있는 여지가 상대적으로 좁았던 것으로 볼 수 있다. 기존 헌정민주주의에 관한 담론은 정부형태와 관련된 권력구조 개편, 그리고 소선거구제와 중선거구제 및 비례대표제 등과 관련된 선거제도와 정당 개혁 등을 주된 대상으로 하고 있다. 제9차 헌법이 시행된 지 30년이 된 지금의 현실 속에서도 정부형태와 선거제도 개편 이외에는 논의의 폭이 확장되지 못하고 있다. 여전히 이미 마련되어 있는 제도적 기반을 바탕으로 한 정치 공학적 개헌이 주된 관심의 대상이 되고 있는 것이다.

(3) 국내 헌정민주주의에 관한 담론

한국 정치 분야에서는 정치의 사법화 현상을 민주주의의 위기와 연결시켜서 판단하고 있다(오승용 2009, 283-284). 2004년 탄핵사태 이전까지 한국의 헌법학은 규범학으로서의 본령에 충실했지만 정치와 사회의 실제 현실을 고려하지 않는 한계를 지녀왔고, 정치학은 한 사회의 정치를 틀 짓는 요소인 헌법에 대한 관심을 기울여 오지 못해 서로 현실무시와 헌법무시라는 양자의 공명 없는 분리 속에 한국 민주주의의 제도와 현실을 동시에 발전시키기 위한 문제의식을 오랫동안 방기했다. 헌법 논의의 사회과학화를 통해 규범지향과 현실지향의 두 분과학문이 만나지 못했다(박명림 2005, 253-278). 특히 정치와 법이 교차하는 헌법재판에 대한 정치학적 연구가 상대적으로 소홀하게 다루어졌다. 또한 정치의 사법화 현상이라고 인정하는 순간 정치학계에서는 헌법재판소라는 외생적 요인에 의해서 정치적 갈등을 해결한다는 것을 스스로 인정하게 되어버린다고 생각해왔다. 따라서 한국 정치학계에서는 정치의 사법화 현상을 배척함으로써 정치학의

존립 근거를 보다 공고히 하고자 했으며, 그 결과 사법심사가 정치과정과 중첩되는 빈도가 증가함에도 불구하고 이를 해석하려는 시도는 상대적으로 빈약했다.

한국 정치연구에서 국회와 헌법재판소의 관계, 그리고 정치와 법의 관계가 차지하는 위치와 영향에 관한 연구는 서구에 비해 활성화되어 있지 않다. 반면 영미권이나 유럽에서는 국민에 의하여 선출되지 않은 권력인 헌법재판소가 국민의 직접적인 참정권 행사에 의하여 구성되는 의회의 정책결정을 무효로 만들 경우 그 한계가 없는 것인지, 민주주의 정치체제의 성격에 비추어 헌법재판제도는 어떻게 자리 매김될 수 있는 것인지 등 사법심사의 민주적 정당성에 관한 논쟁이 지속적으로 연구되어 왔다(김중서 2014, 319). 한국의 경우 정치학적으로 사법부가 연구대상으로 주목 받지 못하다가, 2004년 대통령 탄핵사건을 계기로 관련 연구가 활성화되기 시작했다. 헌법재판소가 국가기구의 기본원리를 근본적으로 재검점하는 결정을 잇달아 내놓음으로써 헌법재판소의 정치적 역할에 대한 다양한 의견이 개진되고 있다. 박명림은 2004년 3월 국회의 노무현 대통령 탄핵사태를 계기로 일상정치(normal politics)와 헌법정치(constitutional politics)의 분리라는 한국 민주주의의 일관된 특성을 뛰어 넘어 헌법문제는 이제 가장 중요한 정치문제의 하나가 되었다고 지적하고 있다. 그는 탄핵사태가 제기한 정치학적, 헌법학적 이슈는 참여와 대의, 주권(sovereignty)과 대표(representation) 영역에서의 괴리 또는 충돌의 문제였다고 보고 있다. 법치와 다수의 지배(rule of majority), 헌법주의와 민주주의는 동일하지 않을 뿐 아니라 양자가 종종 충돌하는 상태에서 한국 정치 역시 점차 ‘정치의 사법화’라는, 사법기구의 현실적·정치적 역할의 증대와 영역의 확대 현상이 두드러지고 있다고 지적한다(박명림 2005, 253). 이러한 지적에 대해 차동욱(2006a)은 일상정치와 헌법정치의 분리라는 한국 민주주의 특성이 그 동안 일관적이었는지에 대해 비판하고 있다. 그는 헌법정치와 민주주의는 서로 대립하는 개념이 아니며, 헌법과 민주주의는 동일한 범주 안에 존재하는 것이고 어떤 의미에서는 헌법이 민주주의보다 넓은 범위에서 그 궁극적 실현을 위한 기능을 하고 있다고

주장한다. 박종현(2008) 역시 2004년 노무현 대통령 탄핵 사건과 신행정수도 이전 법률에 대한 위헌 판결을 계기로 한국에서 정치의 사법화 현상이 본격적으로 나타나고 있다고 평가하고 있다. 그리고 정치의 사법화 현상이 나타나는 메커니즘을 분석하고 한국적 의미에서 정치의 사법화를 정의내리는 연구를 시도하고 있다(박종현 2017). 특히 국회 내 정치적 분산(정치적 관용의 영역)의 정도를 의석 수 차이로 평가하고 헌법재판소의 적극적 정치 개입의 비례성을 실증적으로 검토하고 있다(박종현 2009, 136).

정종섭(2010)과 한수웅(2015)은 헌법의 속성에 대한 설명을 통해 입법부와 사법부의 긴장관계를 설명하고 있다. 입헌국가에서 헌법은 윤곽규범으로 존재하면서 개방성, 탄력성, 추상성, 미완성성을 가지며, 공동체는 헌법의 범위 내에서 변화하는 상황에 적응하며 다양한 이해관계들을 절충하고 통합해 나가고 있다고 주장한다. 이와 같은 구체적 법질서를 형성하는 것은 민주적 정당성을 가진 입법자의 주된 임무이며, 헌법재판소와 국회는 각각 원래의 자기 역할과 영역이 존재하고 있기 때문에 국회의 입법형성의 자유가 인정되어야 한다고 강조하고 있다(정종섭 2010, 14). 그들은 헌법재판소가 헌법의 해석을 통하여 헌법을 확장하고 내용을 구체화할수록 공동체의 문제는 헌법적 문제가 되고 이로써 입법자의 형성권은 축소된다고 주장한다. 이에 따라 국가공동체의 중요한 문제가 민주적 토론과정을 거쳐서 입법자에 의하여 결정되는 것이 아니라 헌법재판소에 의하여 결정되는 결과를 가져올 수 있다고 보고 있다(한수웅 2015, 1395).

전종익은 헌법재판은 정치·사회적 갈등과 분쟁이 발생하였을 때 이를 재판으로서 해결하기보다 민주적 과정에서 대화와 타협을 통한 절충을 통해 적절한 조정이 일어날 수 있도록 도와주는 역할을 하는 것이 바람직하다고 주장한다. 그는 정치과정에 관련된 기본권 및 헌법규정에 관한 문제에서는 헌법재판소가 적극적인 입장을 취하여야 하지만 실체에 관한 정치적인 가치판단에 대하여는 자제적인 입장을 취하여야 한다는 입장을 보이고 있다(전종익 2015, 12). 한편 박재형(2010)은 헌법재판소가 정치적 기관으로 변모했음을 강조하면서, 헌법재판소 재판관의 개인적 성향과 인적 구성

에 따라 판결이 달라지고 그 결과가 정치적 의미로 해석될 수 있다고 주장하고 있다.¹⁷⁾ 그러나 재판관의 이념 스펙트럼이 상이하다 할지라도, 사건의 판결이 재판관의 정치적 성향에 따라서 영향을 받는다는 행태주의적 관점은 사법부의 중립성에 대한 도전으로 여겨질 수 있다는 점에서 비판의 여지가 있다.¹⁸⁾

최장집(2005, 2008)은 분점정부 하에서 등장하는 정치의 사법화 현상을 긴스버그와 셰프터(Ginsberg and Shefter)가 정의한 ‘다른 수단에 의한 정치(politics by other means)’로 정의한 후, 이것을 정당을 중심으로 하는 대의민주주의의 위기현상으로 이해하고 이를 극복하기 위하여 사회적 균열구조에 근거한 대중정당모델을 제안하고 있다. 박명림(2005)은 정치의 사법화를 헌법이 민주주의를 부정하는 동시에 심대하게 제약하는 현상으로 이해하고 있다. 한편으로는 정치의 사법화를 민주주의의 필요조건, 입헌주의의 확대과정, 또는 입헌주의 공고화의 필연적 과정으로 이해하는 시각이 존재한다. 차동욱(2006a)은 헌법이 민주주의와 정면 배치된다는 의견을 강하게 비판하고 있다. 그는 헌법과 민주주의는 공생관계이며, 헌법은 민주주의를 실현하기 위한 보다 넓은 범주라고 주장한다. 또한 법원이 반(反)다수제 기관이요, 의회의 결정을 뒤집는다는 의미에서 의회와 같등하는 기관이라는 일반적 논의가 경험적으로는 타당하지 않을 수 있다는 것을 지적하고 있다(차동욱 2006d). 김종철(2005)은 사회적 갈등이 정치적 과정에서 해소되기 보다는 사법과정에 의존하는 경향이 높아지는 것은 현상적으로 문제가 되고 있기는 하지만 우리의 입헌주의가 공고화되는 과정에서 필연적으로 발생하는 현상으로 보고 있다. 박은정(2010)은 정치의 사법화를 권력분립의 실질적인 정착과정에서 비롯되고 촉진되는 과도기적 현상이라고 보고 있다. 즉, 민주화가 가져온 사법부의 독립 강화와 이것에 따른 견제와 균형에 의해 사법권은 입법권 그리고 행정권과 불가피하게

17) 박재형(2010)은 15개의 판례 분석을 통해 정치과정에서 정치세력들 사이에 첨예한 갈등을 일으킨 사건들의 경우 재판관들의 임명배경에 따라 결정내용에 차이가 난다고 분석하고 있다.

18) 재판관의 선호도와 관련한 연구는 다음과 같다. Heck, Edward V. and Steven A. Shull. 1982. "Policy Preferences of Justices and Presidents: The Case of Civil Rights." *Law and Policy Quarterly* 4(3). 327-338.

과도기적으로 긴장할 수밖에 없다는 것이다(채진원 2011, 271-273).

법과 정치, 그리고 정치의 사법화에 대한 국내 연구는 주로 사법부의 역할의 확대에 대한 우려, 그리고 정치의 사법화 현상에 대한 가치판단 문제로 수렴된다. 현상학적으로 발생하는 일련의 사건들을 둘러싼 갈등의 제도화 과정에서 사법부가 정치문제의 해결사가 되는 것이 정치학적·법학적 관점에서 바람직한 것인지, 그리고 만일 그러하다면 민주주의와 어떠한 관계를 형성하고 있는지가 주요한 논점의 대상이 되고 있다. 지금까지 검토한 이론적 논의는 헌법재판소가 정치과정에 어느 정도 개입하고 있는지에 관한 분석적 견해로 볼 수 있다. 이러한 논의는 사법적극주의와 사법자제에 대한 이론적 검토와 연결된다.

2. 사법적극주의와 사법자제에 관한 기존 연구

(1) 사법적극주의에 관한 기존 논의

사법적극주의와 관련하여 사법심사 존재만으로 사법적극주의가 행해졌다고 판단할 수는 없다. 사법심사는 그 존재가 문제가 되는 것이 아니라, 사법심사의 효과가 구체적으로 어떠한 영향을 가져오는지가 문제가 되기 때문이다. 입법부 다수나 행정부의 입장과 반대되는 판결을 내리면 사법적극주의라고 판단하는 관점이 일반적이다. 만일 이러한 논리에 따른다면 위헌 법률심판이나 헌법소원심판을 통해 위헌 판결을 내리면 모두 사법적극주의로 판단하게 된다. 그러나 상황에 따라 판결의 논리적 흐름이나 판결의 정치사회적 효과를 살펴보면 사법적극주의와 사법자제를 구분하는 경계가 불명확해질 수도 있다. 예를 들어 2004년 행정수도이전 판결의 경우 위헌 결정이 내려졌는데, 이 사건의 경우 헌법재판소가 국회의 결정을 정면으로 반대했다는 점에서 사법적극주의로 볼 수 있다. 그러나 당시 수도이전을 반대하는 국민여론을 배경으로 수도이전 자체가 아닌 수도이전을 결정하기 위한 국회 내의 절차에 대해서 위헌 선언을 했다는 점에서는 사법자제

로 판단할 수도 있다. 같은 맥락에서 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 사건에서도 헌법재판소는 국회 절차의 위헌은 인정되지만 그 입법의 효과와 개선 의무는 국회에 있다고 결정하고 있다. 그러나 통합진보당 해산 판결에 대해서는 헌법재판소가 사법자제 판결을 내렸는지 혹은 사법적극주의 판결을 내렸는지 정확하게 판단하기 힘든 부분도 있다. 만일 헌법재판소가 정당 해산 결정을 내리지 않았다면 당시 박근혜 정부와의 관계가 매끄럽지 못했을 것이고, 사법권의 독립에 영향을 줄 수도 있었을 것이다. 이렇듯 한 사건에 대해서도 사법자제와 사법적극주의에 대한 판단은 그 기준이 모호하게 적용될 수 있다.

정치과정에 사법영역이 개입하는 정도를 정의내리는 것은 연구자의 관점에 따라 상이하다. 허셜(Hirschl), 로(Law), 긴스버그(Ginsburg), 드레셀(Dressel) 등은 제도적 관점에서 사법적 의사결정의 확대를 강조하고 있다. 비켈(Bickel), 벨라미(Bellamy), 일라이(Ely), 박명림, 오승용, 전종익, 최장집 등은 사법적극주의의 영역을 넓게 해석하고, 그에 따른 사법개입의 문제점을 지적하고 있다. 반면 드워킨(Dworkin), 선스틴(Sunstein), 애커만(Ackerman), 켈젠(Kelsen), 페레티(Peretti) 등은 사법심사의 긍정적 기능을 주장하면서 사법적극주의를 옹호하고 있다.

사법적극주의와 관련한 논의는 그 정의를 내리는 문제와 더불어 사법부가 적극적인 행태를 보이는 구조적 요인에 대한 분석과 실제 사례에 대한 연구와 연결된다. 사법적극주의와 사법자제는 사법부의 독립이라는 민주화 정도에도 상당히 영향을 받는다. 사법부가 제대로 독립하지 않은 독재국가에서는 사법부가 판결을 통해 행정부의 입장에 반대할 여력도 없을 뿐만 아니라, 반대를 한다고 해도 그러한 결정은 형식상의 요식행위에 불과할 가능성이 크다.¹⁹⁾ 이러한 국가를 대상으로 견제와 균형의 원리와 같은 민주적 의미를 부여하기는 힘들 것이다. 따라서 사법적극주

19) Gibson, James. 1989. "Understanding of Justice: Institutional Legitimacy, Procedural Justice, and Political Tolerance." *Law and Society Review* 23. 469-496; Gibson, James. 1992. "Institutional Legitimacy, Procedural Justice, and Compliance with Supreme Court Decisions: A Question of Causality." *Law and Society Review* 25. 631-655.

의와 사법자제에 관한 정의를 내리는 것은 사법부의 독립과 같은 민주화 정도를 객관적으로 측정하는 것이 전제가 되어야 한다.

드레셀은 정치의 사법화는 사법심사를 통해 의사 정책결정과정에 영향을 미치는 것을 의미한다고 정의한다. 그는 보다 넓은 의미에서는 정치의 사법화는 단지 법관이 만드는 법의 확대에 국한되는 것이 아니라, 사법적 과정이 정치나 사회전반에 확대되는 것을 의미한다고 강조한다. 그는 정치의 사법화 행태의 분석틀을 제시함으로써 국가별 사례를 분류할 수 있는 기준을 제안하고 있다[표 1-1].

[표 1-1] 거대정치에서 사법정치의 유형분류 체계²⁰⁾

사법 독립성 정도	고	사법자제 (judicial restraint) 일본, 말레이시아(1957-1990)	사법적극주의 (judicial activism) 한국, 인도네시아, 필리핀
	저	사법 침묵 (judicial muteness) 캄보디아	사법부의 정치화 (politicization of the judiciary) 태국(2006-2010)
	저	사법개입의 정도	
	고		

드레셀은 사법부의 독립성과 사법부의 개입 정도를 각각의 축으로 하여 네 가지 유형의 분류 체계를 제시하고 있다. 특히 아시아 국가들 간 비교 연구를 시도하고 있는데, 민주주의 국가(일본²¹⁾, 한국), 신생민주주의 국가(인도, 인도네시아, 필리핀, 파키스탄), 그리고 권위주의 국가(캄보디아, 말레이시아, 중국)로 분류하고 민주주의 유형에 따라 사법부가 어떻게 작동하는지 보여주고 있다.

20) Dressel ed. 2012, 6.

21) 일본 재판관들이 정치적 사건을 다룰 때 보수적인 태도를 취하는 이유를 계량적으로 연구한 논문도 참고할 만하다; Ramseyer, Mark J and Eric B. Rasmusen. 2001. "Why Are Japanese Judges So Conservative in Politically Charged Cases?" *The American Political Science Review* 95(2). 331-344.

여기에서 주목할 점은 한국이 사법적극주의 국가로 분류되어 있다는 점이다. 드레셀이 보기에 한국은 사법개입의 정도가 매우 높은 국가이다. 일반적으로 일본은 사법자제 국가로 분류되며, 그 원인에 대해서는 다양한 측면에서 분석이 이루어지고 있다.²²⁾ 그러나 위 표에서 제시한 비교국가들이 일본을 제외하고는 민주화가 진행 중인 국가들이라는 점에서 이러한 분류가 과연 적절한지에 대한 의문을 제기할 수 있다. 그리고 드레셀이 주장하는 장래보장모델이나 헤게모니 보존 모델 역시 신생민주주의 국가들에서 민주주의 이행기에 나타나는 특징들을 주장한 것이기도 하다. 이들 모델에 의하면 정치엘리트는 사법부를 그들의 전략적 판단과 상황에 따라 이용할 수 있다는 점을 가정하는 것으로 사법부가 외부환경으로부터 사실상 독립되었다고 보기 어렵다. 따라서 그의 주장이 한국적인 상황에서 타당성을 가지려면 민주주의의 공고화 단계에서도 이와 같은 상황이 나타나는지에 대한 연구가 진행되어야 할 것이다. 이러한 연구는 국가 간 비교학적 관점을 통해 보다 구체화될 수 있다. 위의 표에는 제시되고 있지는 않지만, 아시아 국가 중 대만 역시 사법영역의 확장을 경험하고 있다. 대만은 한국보다 앞선 2000년 12월에 천수이벤(陳水扁) 前 총통을 상대로 탄핵을 시도했으나, 천 前 총통의 사과로 입법원 표결은 무산된바 있다. 대만의 중화민국헌법(1946.12.25. 제정, 1947.1.1. 공포, 1947.12.25. 시행)은 행정원·입법원·사법원·고시원·감찰원 등의 5권 분립 체제를 취하고 있으며, 헌법해석과 법률해석은 사법원이 가지고 있다. 대만 사법원은 해석권, 심판권, 징계권, 사법행정권을 가지고 있는데, 심판권에 총통과 부총통을 탄핵하고 위헌정당해산을 명령할 수 있는 권한이 부여되어 있다.²³⁾ 탄핵 사태를 들

22) 일본은 위헌심사제를 운영한지 60여년이 지났지만, 사법소극주의의 결과 헌법판단의 사례가 많지 않고, 특히 위헌판결을 내린 경우는 총 9건에 그치고 있다. 일본의 이러한 사법소극주의 특성은 전후 총사령부 점령정책에 의한 사법권의 제약, 행정권 우위의 전통, 정치문제 사법판단 자제 문화, 자민당의 일당 장기집권체제로 인한 정치의 보수안정화 등이 그 이유로 지목되고 있다(신우철 2010, 33-34). 이외에도 일본의 사법심사 소극성에 관한 문제를 다른 아시아 국가들과 비교학적으로 연구한 논문도 참고할 만하다(손인혁 2017).

23) 대만 사법원(司法院, judicial yuan) 참고(<http://www.judicial.gov.tw>)
사법원에는 대법관 약간 명을 두어 헌법해석권과 법령통일해석권을 관할하게 하는데(제79조 제2문), 1992년과 2005년에는 헌법을 개정하여 위헌정당해

러싼 대통령과 국회(입법원) 그리고 헌법재판소(사법원) 간의 관계를 비교함으로써 한국과 대만의 정치과정에서 사법부의 개입 정도를 분석할 수 있다. 이러한 비교학적 연구를 통해 드레셀이 시도하고 있는 아시아 국가들 간 사법정치 유형이 보다 정교화 될 수 있다.

홀랜드(Kenneth Holland)는 사법적극주의에 관한 구조적 요인으로 사법부의 독립을 제시하고 있다(Holland 1991). 홀랜드가 제시하고 있는 구조적 요인은 연방주의(federalism), 성문화된 권리장전(a written bill of rights), 사법부 독립(judicial independence), 경쟁적 정당체제(a competitive party system), 그리고 특정한 문화적 전통(보통법적 전통, 법관에 대한 사회적 존경) 등이다(차동욱 2006c). 홀랜드의 논의는 미국 법원을 배경으로 하고 있기 때문에 한국 상황을 설명하기에는 다소 괴리가 있다. 다만 사법부 독립과 경쟁적 정당체제에 관한 구조적 요인은 한국적 상황을 분석하는데 유용한 의미를 가질 수 있다. 1987년 민주화 이후 헌법재판소는 헌법으로 보장된 독립성을 유지하게 되었다. 헌법재판소의 독립성이 높을수록 외부 압력이나 환경으로부터 독립적인 판결을 할 가능성이 높아지게 된다. 그러나 이러한 판결이 반드시 사법적극주의적인 판결이라는 보장은 없다. 그리고 경쟁적 정당체제는 미국적인 맥락에서라면 민주당과 공화당의 경쟁과 같은 양당체제를 의미하겠지만, 유럽과 같은 다당체제에서 이루어지는 정당 간 경쟁체제에서는 다른 의미의 구조적 요인으로 작용할 수도 있다.

정당 간 경쟁구조는 테이트의 논의와 연결된다. 테이트(Neal Tate)는 의회 내에 파편화된 정당구조는 통치연합의 약화를 초래하기 때문에 입법부가 사법부에 의해서 도전을 받게 된다고 주장한다(Tate 1995, 31). 이는 앞서 지적한 다당체제에서 이루어지는 정당 간 경쟁체제의 필요성에 주목하고 있는 것으로 볼 수 있다. 그는 사법부의 역할이 주목을 받고 사법적극주의가 등장할 수 있는 정치적 조건에 주목하고 있다. 의회 내 정당 간 경쟁이 심화되고 의회 권력이 분산될수록 합의를 위한 통로

산권과 총통·부총통에 대한 탄핵심판권을 부여하여 실질적으로 일반재판과 구별되는 헌법재판에 관한 사항을 사법원 대법관의 권한으로 추가하였다(손인혁 2017, 398).

는 막히게 되고, 이를 해결하기 위한 출구는 사법적 해결밖에 없다는 것이다. 의회 권력의 분산은 여당이 의석수의 과반수를 차지하지 못하는 경우와 대통령의 소속 정당과 국회 의석 과반수를 차지하는 정당이 서로 다른 경우인 분점정부(divided government) 형태 등의 정치적 상황을 의미한다.

한편, 라킨스(Christopher Larkins)는 사법부 독립에 관한 정의를 세 가지 요인으로 제시하고 있다. 첫째, 법관은 법과 사실에 근거하여 공정한 판단을 내려야 하며(impartiality), 둘째, 법관은 정치적 목표를 달성하거나 또는 이를 방해할 목적으로 이용되어서는 안 된다(political insularity)고 강조한다. 공정성과 정치적 이해관계로부터의 자유와 함께 중요하게 제안되고 있는 요인은 제도로서의 사법권한의 범위이다. 즉 사법부가 다른 정치 체제와 관계를 맺으면서 옳고 그름 그리고 합법과 비합법을 결정하는 집합적 정당성 체제(legitimate body)로 인식되는 것을 말한다. 공정성과 정치적 이해관계로부터의 자유 요소가 개별 법관들을 대상으로 한다면, 제도로서의 사법권한은 정치 체제 안에서 다른 정부기관들을 상대로 기능적 관계를 가진다는 점에서 각각 구별된다(Larkins 1996, 609-611). 라킨스가 주장하는 사법적극주의는 사법부의 정치적 중립성을 전제로 하되, 적극적인 정책 형성 기능까지 포함하고 있다. 그의 주장에 의하면 정치적으로 중립적인 판결을 내렸음에도 불구하고 정책 형성 기능을 하지 못하는 사법부는 그 조건상 사법적극주의적인 행위자가 아니라고 평가될 수 있다.

정책 형성 기능과 관련한 논의는 로젠버그(Gerald Rosenberg) 논의와 연결된다. 기존의 사법적극주의에 대한 주장과 관련하여 로젠버그는 미국 연방대법원이 정책을 주도할 정도의 강력한 법원이 아니라는 점을 실증적 사례를 통해 주장하고 있다. 그는 강한 법원의 이상형을 역동적인 법원(dynamic court)²⁴⁾으로, 그 반대의 경우를 환경 제약적 법원

24) 차동욱(2006c)은 ‘Dynamic Court’를 ‘정책주도형 사법부’, ‘Constrained Court’를 ‘환경 제약적 사법부’로 번역하고 있다. 환경 제약적 사법부라는 번역은 이견이 없으나 “Dynamic”이라는 표현은 정책뿐만 아니라 여론과 행정부 등의 외적인 조건들도 포함할 수 있기 때문에 이를 아우르는 의미에서 의

(constrained court)으로 유형화 한 후, 미국 연방대법원의 제도적 정체성을 분석하고 있다(Rosenberg 1991). 로젠버그는 그의 주장을 입증하기 위하여 평등권, 여성의 제 권리들, 환경보호, 선거구 재획정, 그리고 형사 절차상 피의자 또는 피고인의 권리를 신설·확장하는 연방대법원의 결정들을 경험적으로 분석하였다. 결론적으로 미국 연방대법원은 모든 것을 해결할 수 있는 강력한 제도가 아니라는 것이다. 미국 연방대법원은 제약조건 속에서 설계되어 있고, 권력분립원리에 따른 정치 체제 속에 존재한다. 미국 연방대법원이 사회 변화를 주도할 것이라는 생각은 관념에 지나지 않으며, 권력분립과 임명 절차등과 같은 구조적 조건과 집행권의 부족 등과 같은 제약 조건들을 고려하면 미국 연방대법원은 사회 변화를 주도할 수 없는 기관이라는 것이다. 즉, 역동적인 법원 관점보다는 환경 제약적인 법원 관점이 보다 정확한 설명이라고 주장한다. 로젠버그는 미국 연방대법원은 사회 개혁을 주도한 적이 거의 없으며, 가장 최선의 방식은 다른 정부 기관이 사회 개혁을 주도하면 거기에 보조를 맞추는 이른바 2인자 역할은 충실히 해왔다고 평가하고 있다(Rosenberg 1991, 338). 그렇다고 해서 미국 연방대법원이 아무 역할도 안했다고 단정하는 것은 아니다. 다만 로젠버그는 시민권, 여성 인권, 환경 문제 등과 같은 연방대법원의 판결이 가져온 사회적 변화는 매우 작은 수준이라는 점을 강조하고 있다.

인민이 직접 선출하지 않은 사법부가 인민이 선출한 입법부와 행정부의 결정을 번복하는 것은 반민주적이라는 지적에 대해서 일라이(John Hart Ely)는 사법부가 소수자의 입장을 대변하기 때문에 대의제 민주주의 하에서 법원이 막강한 권한을 가지는 것은 정당하다고 주장한다. 일라이는 대의제 민주주의에서 법원이 막강한 권한을 가지는 것이 왜 정당한가에 대한 질문에 소수자 보호 의무를 가지고 있기 때문이라고 보고 있다. 그는 법원이 입법부의 판단을 재해석할 수 있는 근거로서 판사 개인의 가치, 자연법, 중립적 원리, 추론(reason), 전통, 그리고 합의(consensus) 등을 차례로 검토하고 있으며 이들 모두는 법원이 내리는 판단의 정당성

역보다는 직역인 ‘역동적인 법원’이라는 표현을 사용하고 있다.

근거가 될 수 없다고 주장한다. 대신 그는 기본 가치(fundamental-values)가 아닌 대표를 강화(representation-reinforcing)할 수 있는 사법심사를 통해 대의 민주주의의 작동을 원활하게 해야 한다고 강조한다. 사법심사의 중심적 기능이자 동시에 중심적 문제는, 선출되거나 다른 의미 있는 방식으로 정치적 책임을 지지 않는 기관이, 인민이 선출한 대표자에 대하여 그 대표자가 원하는 대로 통치할 수 없다고 선언한다는 점이다(Ely 1980; 전원열 옮김 2006, 45). 그는 특히 평등하고 효율적인 정치참여와 소수자에 대한 차별을 금지하는 것에 주목하고 있다. 일라이는 헌법재판은 실체적 결과를 명령하기 보다는 정치적 시장이 체계적으로 기능하지 않는 때에만 개입한다는 관점을 보여주고 있다. 여기에서 말하는 정치적 기능장애는 (1)선출된 대표자들이 정치변화의 통로를 막고 있는 경우, (2)다수결 원칙으로 인해 소수자 보호를 거부하는 경우이다(Ely 1980; 전원열 옮김 2006, 246-247). 입법부의 책임성 결여의 일반적 사례는 입법부가 법적으로 의미 있는 구분을 행하지 않고 그 싫은 일을 정치적 책임이 없는 다른 사람에게 맡겨버리는 경우라고 주장한다. 따라서 입법이야말로 대표자의 임무를 명확하게 하는 방법이라고 보고 있다(Ely 1980; 전원열 옮김 2006, 301). 대표를 강화하는 접근법의 궁극적인 목표는 정치적 의사결정과정의 민주적일 수 있도록 도움을 주는데 있다. 바로 이 지점에서 사법심사와 대의민주주의 간의 화해가 시도되고 있다.

일라이가 주장하는 대표 강화를 강조하는 사법심사가 과연 비켈과 해밀턴(Hamilton, Federalist 78편)이 주장한 가장 덜 정치적이며 소극적인 법원을 의미하는 것이냐는 의문을 제기한다면 이에 대해서는 부정적이라고 할 수 있다. 일라이가 말하는 대표 강화는 궁극적으로 대의민주주의의 작동을 원활하게 하는데 그 방점이 있으며, 사법개입은 이러한 과정이 원활하게 이루어지기 위한 과정이자 절차로 이해할 수 있다. 다만 그 개입의 정도가 어느 정도인가에 따라 사법적극주의 혹은 사법자제라는 비판이 제기될 여지가 있다. 일라이는 이에 관한 논의는 충분히 하지 않고 있는 대신, 정치변화의 통로를 열어주기 위해서는 입법자에게 입법책임을 부여해야 하며, 사법심사를 통해 소수의 의견을 대변할 것을 강조

하고 있다.

일라이의 주장은 비켈(Alexander Bickel)이 가지고 있는 관점과 대비된다. 비켈은 20세기 후반 사법적극주의와 진보적 판결에 비판적이었고, 이러한 대법원의 적극적인 판결은 사법부에 헌법상 근거가 없는 권력집중을 가져와 오히려 사회질서에 해가 된다고 주장하고 있다(Bickel 1986). 비켈(Alexander Bickel)은 사법심사는 의회에 대한 불신을 제도화했다는 점에서 “사법심사제도는 미국의 정치체제내의 반다수지배적 요소(counter-majoritarian)”라고 주장했다(Bickel 1986). 이러한 그의 주장은 린즈(Juan Linz)에 의해서도 경험적으로 입증되고 있다(Linz 1978). 린즈는 필리핀 대법원 사례를 통해 정치적 연합의 결속력이 약하고 논란의 실마리를 정치권에서 해결하지 못하는 경우에 사법부의 판단에 의존하려는 경향이 강해진다고 보았다. 그는 이러한 현상이 빈번하게 발생할 경우 정책결정 및 집행은 사법부로 이관되며, 결국 민주적 질서가 훼손되고 민주주의가 후퇴하게 된다고 주장했다. 린즈는 사법부가 사법적극주의적 입장만을 견지할 경우 제도적 정당성이 약화될 뿐만 아니라 민주주의와 갈등을 보일 수 있다는 점을 경고하고 있다.

캐논(Bradley Canon)은 사법적극주의에 대한 개념적 정의를 다각적으로 하고 있다. 그는 사법적극주의에 대한 정의를 내리기 위한 조건을 제안하고 있는데, 첫째, 민주적 과정에 의해 결정된 정책을 사법적으로 무효화시키는 정도(다수결주의; majoritarianism), 둘째, 이전의 법원의 결정이나 이론과 해석 등을 변경하는 정도(해석적 안정성; interpretive stability), 셋째, 헌법규정이나 헌법기초자의 명백한 의도와 문언이 함축하고 있는 명백한 의미에 어느 정도 반하여 해석되는지의 정도(해석적 충실성; interpretive fidelity), 넷째, 사법부의 결정이 민주적 과정의 유지보다는 실질적으로 얼마나 정책을 결정하였는지의 정도(실질적-민주주의적 과정의 구별; substance-democratic process distinction), 다섯째, 사법부의 결정이 정부 등 다른 국가기관의 재량과는 별개로 정책을 스스로 설정하고 있는지의 정도(정책의 구체성; specificity of policy) 등이 사법적극주의를 판단할 수 있는 기준으로 제시되고 있다(Canon 1982; 385-419). 그리고 마치

막으로 사법부의 결정이 다른 정치적 요소에 의하여 발생할 수 있는 동일한 문제에 대하여 진지한 고려를 얼마나 대체할 수 있는지의 정도(대안적 정책결정의 가능성; availability of an alternate policymaker) 등도 제시되고 있다(조재현 2013, 65-66). 대안적 정책결정 가능성은 사법부가 독자적으로 설정하는 정책의 구체성과 관련이 깊다. 차동욱은 캐논이 제시하고 있는 조건은 정치적 의미를 가지는 판결 행위의 여부와 이를 통한 정책형성의 여부에 달려 있다고 정리하고 있다. 그러나 재판을 통한 정책 형성은 현실적으로 불가하므로 결국 사법심사가 사법적극주의의 필요조건이라고 주장한다(차동욱 2006c, 297).

(2) 사법자제 관점의 필요성 및 정의

사법적극주의에 관한 기존 연구는 사법개입의 정도와 그 정치적 의미를 해석하는데 주력해 왔다는 것을 알 수 있다. 반면 사법자제는 상대적으로 정치과정에서 별다른 주목을 받지 못했다. 그러나 실질적으로 전략적인 사법자제는 정치과정에서 중요한 역할을 담당하기도 한다. 일례로 엡슈타인(Lee Epstein)은 러시아의 헌법재판소가 사법적극주의와 사법자제 전략을 통해 제도적 정당성을 확보해 왔다고 평가하고 있다. 엡슈타인(Lee Epstein)은 러시아의 사례²⁵⁾를 통해 사법부는 사법적극주의적 판결과 사법자제 판결을 적절히 혼합함으로써 그 정당성을 확보해 나갔다고 주장한다(Epstein, Knight and Shvetsova 2001). 그들이 발견한 것은 권력구조의 본질에 관련되는 사안이 사법심사권을 행사하는 최고법원에 찾아왔을 때, 그러한 사안들에 대한 심사는 될 수 있으면 회피하던가 아니면 사법자제 입장에서 심사를 하는 것이 사법부의 제도적 정당성을 제고시키는데 도움이 되었다는 것이다. 반면, 민주화 과정 속에서 자유화를 열망하는 대다수 국민들의 진폭적 지지를 받을 수 있는 자유권적 기본권으로 분류될 수 있는 권리(특히 정치적 자유, 경제적 자유)들의 보장 및 그 확장 해석을 위해

25) 러시아 사례를 통해 ‘법의 지배’가 확립되지 않을 경우 민주주의 체제가 퇴보할 수 있다는 연구도 참고할 만하다(이선우 2017, 49-72).

서 사법적극주의 판결들을 내려주는 것이 사법부의 권리 수호자로서의 이미지를 강화시켜줌으로서 제도적 정당성을 강화하는데 필요하다는 것이다(차동욱 2006c, 307).

사법적극주의를 사법심사에만 국한할 경우에는 입법부 제정 법률의 무효화에 초점을 맞추게 된다. 하지만 그 밖에도 문언의 의미에 충실하지 못한 경우, 역사나 전통을 벗어나거나, 편파적인 선호에 기초하여 결정을 내리거나, 선례에 조화되지 않는 결정을 하거나, 사법권의 한계를 넘어선 권한의 행사이거나, 새로운 이론이나 권한을 창출하는 경우 등을 포함하는 등 그 내용이 다양하게 정의될 수 있다(조재현 2013, 82-83). 입법부가 제정한 법률의 무효화는 입법부와 의 갈등을 기본적으로 상정하고 있다. 따라서 사법적극주의는 입법부의 권한 혹은 남용을 제한하려는 사법부의 적극적인 행태와 연결된다.

임지봉(2004)은 사법적극주의와 사법자제를 사법부가 판결을 통해 입법부나 행정부의 의사나 결정에 반대하는 경향이 있는가를 기준으로 정의를 내리고 있다. 즉 사법반대주의를 사법적극주의로 이해하며 사법동조주의를 사법자제로 이해하고 있다. 이러한 이해는 권력분립원리와 연결되는 것으로 행정부와 입법부의 기능에 견제작용을 한다는 점에서 그러하다. 사법적극주의를 권력분립의 원리가 기초하고 있는 ‘견제와 균형’의 이상을 실현하기 위해 행정부나 입법부의 의사나 결정에 반대를 제기하여 두 부(府)에 의한 권력 남용을 적극적으로 견제하는 사법부의 태도나 철학이라고 정의하며, 반대로 사법자제는 판결을 통해 다른 두 부의 의사나 결정에 개입하고 반대하기보다는 ‘사법부 자제’의 미명 하에 심리 자체를 회피하거나 두 부의 의사나 결정을 존중하고 이에 동조하는 판결을 내리는 사법부의 태도나 철학이라고 보는 것이다(임지봉 2004, 297-298). 이러한 관점은 헌법재판소가 입법부의 견해에 헌법으로 반대를 표명하느냐 여부를 기준으로 하고 있다. 이 관점은 크게 두 가지 점에서 비판이 가능하다. 첫째, 사법부가 반대 의견을 표하는 것은 입법부나 행정부의 권한 남용과 같은 부정적인 현상에서 기인하는 것으로 사법부는 일라이(Ely)가 강조하는 것처럼 일종의 중립적인 심판자 역할을 하

고 있음을 주장하는 것이다. 이러한 주장은 입법부나 행정부가 내리고 있는 판단은 헌법적 가치에 부합하지 않을 수 있다는 점, 나아가 내재된 문제를 스스로 해결할 수 있는 자정능력을 상실한 것으로 가정하고 있다. 그러나 대한민국 헌정사에서 사법부 역시 정권의 정당성을 옹호하기 위해 편파적인 정치 개입을 자행해 왔다는 것은 부정할 수 없는 사실이다. 둘째, 입법부와 사법부의 결정에 반대하는 것을 견제와 균형의 역할로 판단하게 되면 긍정과 부정의 가치가 개입하게 된다. 즉 사법적극주의는 긍정적으로 평가되는 반면, 사법자제는 견제와 균형의 역할을 제대로 하지 못하는 부정적인 이미지로 평가받게 된다.

사법적극주의 관점은 사법부가 입법부 혹은 행정부와 직접적으로 갈등을 일으킬 수 있는 대상으로 보고 있다. 그러나 사법부는 다른 정부 기관들과 협력하면서 그 영역을 확장하기도 한다(Smithey and Ishiyama 2002, 721). 입법부나 행정부 결정과 반대되는 판결을 내리는 것이 사법적극주의라고 한다면 위헌법률심판이나 헌법소원심판은 그 논리와 상관없이 사법적극주의가 되며, 정치 구조적 조건에 관한 논의는 사실상 무의미해지게 된다. 특히 헌법소송을 제기하는 이유가 국회의 자정능력 상실에서 비롯된 것이 아니라는 주장이 타당성을 얻기 위해서는 헌법소송이 제기된 시점 및 헌법재판소가 내린 판결 당시의 정치상황과 관련된 구조적 요인들을 종합적으로 살펴보고 이를 유형화하는 작업이 선행될 때 가능할 수 있다. 이러한 문제의식을 토대로 대의정치의 주요한 개념인 반응성, 정당성, 책임성 개념에 근거하여 헌법재판소 판결을 분석하고 있다. 본 연구가 제안하는 사법자제의 개념은 판결 결과가 의도적으로 정치과정에 개입하는 것을 자제하는 경우, 그리고 판결 결과가 국민여론을 적극적으로 반영하는 경우로 정의내리고 있다.

Ⅲ. 연구 분석틀

1. 분석 개념 및 연구 대상

본 연구는 ‘정치의 사법화’로 분류할 수 있는 헌법소송들에서 소송을 제기하는 원고들이 정치 분쟁을 헌법재판소로 가지고 가게 되는 원인을 그들의 정치적 무능력으로 단정 지을 수 없다는 점을 논증하는데 목적이 있다. 만일 헌법소송을 제기하는 원고들의 무능력이 소송의 원인이 된다면 헌법재판소는 사법적극주의 판결을 통해 사법의 힘을 빌려 적극적으로 문제 해결을 할 것이다. 반대로 헌법소송을 제기하는 원고들의 무능력이 소송의 원인이 아니라면 헌법재판소는 문제해결을 위해 적극적으로 개입하는 판결을 내리기보다 원고가 스스로 문제를 해결할 수 있는, 다시 말해 분쟁과정에 개입하지 않는 사법자제 판결을 내릴 것이다. 결국 해결되지 못한 문제는 소송을 제기한 원고에게 돌아가 스스로 문제를 해결하게 되는 구조를 보이게 된다. 이러한 구조는 모든 헌법소송 유형에 적용되는 것은 아니다. 본 연구는 이와 같은 정치적 동기와 사법자제와의 관계에 대한 가설이 적용될 수 있는 유형을 정치의 사법화로 분류될 수 있는 헌법소송으로 한정하고 있다.

정치적 동기와 사법자제에 관한 가정을 논증하기 위해서 여기에서는 세 단계의 분석 개념을 제안하고 있다. 첫 번째 단계는 헌법소송을 제기하는 원고를 분류하고 이를 바탕으로 헌법소송의 정치적 동기를 유형화하는 것이다. 두 번째 단계는 정치적 동기를 유형화한 범주를 반응성, 정당성, 그리고 책임성의 개념과 연결시켜 연구 분석틀을 제시하는 것이다. 마지막으로 앞서 제시한 두 단계의 연구 분석틀을 바탕으로 정치의 사법화로 분류되는 헌법소송 중 ‘사법자제’ 사례를 분석하는 것이다.

(1) 헌법소송의 정치적 동기 유형화

본 논문은 헌법재판소 사건의 청구 이유, 즉 해당 사건이 헌법소송 사건이 된 정치적 이유를 분석하고 유형화함으로써 헌법재판소의 정치행위자 역할을 분석하고 있다. 이를 위해 정치의 사법화로 분류할 수 있는 사건들의 소송 청구인 주체를 범주화하고 이를 바탕으로 헌법소송의 정치적 동기를 유형화하고 있다.

먼저 소송 청구인²⁶⁾ 주체는 국회, 국회의원, 행정부(대통령, 지방자치단체 소속의원 및 공무원), 특정이익집단 및 직접적 이해관계자인 개인 등으로 구분할 수 있다. 여기에서 말하는 국회는 제도로서 국회의원 전체를 포괄하는 집합적인 개념이며, 국회의원은 개별 국회의원이 해당 사건을 청구한 경우로 구분된다. 이들 사건을 원고(청구인) 주체별로 구분해보면 다음과 같다.

첫째, 국회 전체가 원고인 사건으로 특정 국회의원이 아닌 국회 내 정당 간 대결이 주요한 특성으로 나타난다. 이는 대통령 탄핵 사건이 대표적이라 할 수 있다.

둘째, 국회의원 개인이 원고이지만 개인의 영역을 넘어선 국회 전체 절차와 관련성을 가지는 사건을 들 수 있다. 대표적으로 공직선거법 개정안, 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 인용사건(국회의원 당사자 적격 여부, 한미FTA 동의안 상임위원회 상정 사건, 본회의 반대토론 절차상의 하자 사건, 미디어법 사건, 그리고 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 각하 사건(‘국회선진화법’ 신속처리안건 지정안 관련)) 등이 대표적이다.

26) 행정 소송에서 원고적격확대가 가지는 정치적 의미에 대해서 분석한 논문 참고(차동욱 2015. “행정소송에서의 원고적격제도의 정치적 의미와 기능”). 해당 논문은 특히 ‘행정 소송이 개인의 권리구제 수단에 국한되지 않고, 개인의 권리구제를 매개로 하여 정부의 특정 정책이나 일반적 정책 기조의 타당성을 다투는 수단으로 변화되면, 우리의 법원도 케간이 미국 사회에서의 법과 정치의 관계를 분석하며 제시한 정책대결적 소송주의(Adversarial Legalism)에 휩쓸릴 가능성이 있다’고 지적하고 있다(차동욱 2015, 4).

셋째, 행정부가 원고인 사건은 중앙과 지방자치단체로 구분된다. 중앙행정부처는 대한민국 정부(법무부장관은 법률상 대표자)가 원고인 통합진보당 해산 청구 사건이 대표적이다. 한편, 「신행정수도의 건설을 위한 특별조치법」은 서울시의원 50명을 포함해 대학교수와 공무원, 대학생 등 모두 169명이 헌법소송을 제기하였다. 헌법재판소법 제68조는 ‘헌법에 보장된 기본권을 침해받은 자’로 청구인 자격을 제한하고 있다. 이 조항에 의한다면 지방자치단체는 직접적인 청구인 자격이 부여되지 않는다. 이에 신행정수도 관련 헌법소원심판은 서울시의원들이 주축이 되어 헌법소송을 청구하였다.

넷째, 특정 이익집단 단체 및 직접적인 이해관계자인 개인이 원고인 사건이 있다. 대표적으로 대한변호사협회와 한국기자협회가 주축이 되고 언론인 및 사립유치원장과 사립학교 관계자 등 이해관계자도 개별적으로 제기한 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」 사례가 있다.

위 사건들을 청구인별로 나열해 보면 정당은 청구인으로서 직접적인 주체로 등장하지 않는다. 대신 국회 전체가 원고인 사건에서 해당 안건이 국회에서 표결을 거치는 과정에서 중요한 변수로 등장한다. 국회 내 정당의석 재편 상황은 대통령과의 관계에서도 영향을 주고 있는데, 대통령 소속정당이 국회에서 야당 혹은 소수당인 경우에 여당은 여론의 지지율이나 당시 정치적 흐름에 힘입어 대통령 탄핵을 추진할 수 있는 동력이 발생할 수도 있다는 것을 알 수 있다.

다음으로 청구인이 해당 사건들을 헌법재판소에 소송을 제기하는 정치적 이유를 유형화하면 크게 다섯 가지로 범주화 할 수 있다. 본 연구에서 제시하고 있는 정치적 동기의 유형화는 앞에서 제시한 청구인 주체의 분류에 근거하고 있다. 제도로서의 국회, 국회의원 개인, 대통령과 지방자치단체 소속의원과 공무원을 포괄하고 있는 행정부, 그리고 특정이익집단과 개별적 이해관계자 등의 청구인으로 구분되는 사건들 각각의 헌법소송 배경을 살펴보면 다음과 같은 다섯 가지의 이유로 정리된다. 만일 본 연구에서 다루지 않은 사건들로 연구 범위가 확장된다면 정치적 동기의 유형화 범주는 여기에서 제시한 이유 이외에 다른 정치적 원인이

첨가될 수도 있다. 그러나 다른 정치적 이유를 제시하기 위해서는 청구인 주체와 헌법소송이 제기된 배경을 명확히 살펴보는 것이 선행되어야 할 것이다. 두 가지 요소를 고려하지 않은 상태에서 일반적인 정치적 이유를 제시하는 것은 반론을 위한 반론에 그칠 가능성이 높다. 본 연구는 정치의 사법화 사례로 분류할 수 있는 헌법소송 사건들의 청구인을 분류하고 해당 사건이 제기된 정치적 배경을 동시에 살펴본 결과를 토대로 정치적 동기의 유형화를 제안하고 있는 것이다.

첫째, 국회 내 민주적 절차를 모두 거쳤지만, 해당 법률이 시행됨으로써 상대적으로 소외되는 집단이 국회 내 절차를 통해서 문제 제기를 할 수 있는 통로가 막힌 경우를 들 수 있다. 이 경우에 상대적으로 소외된 집단이 반드시 야당이 아닐 수도 있다. 왜냐하면 국회 내 소속집단이 여당이라고 해서 해당 법률이 소속 국회의원 모두에게 동일한 효과를 나타내는 것은 아니기 때문이다. 여당 내에서도 지역구 별로 혹은 비례대표 의원의 경우 본인이 소속되었던 집단의 이익을 대표하는 경우 해당 법률로 인해 손해를 볼 수 있는 경우가 발생할 수 있다는 것이다. 예를 들어 공직선거법 개정안을 통해 놓여준 지역구를 둔 여당의 국회의원이 해당 법률안의 위헌 여부를 헌법재판소 판단 사건으로 의뢰한 경우가 대표적이다. 그리고 비록 각하된 사건이지만 일명 ‘국회선진화법(국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의)’ 역시 당시 여당인 새누리당에서 신속처리안 지정안건과 관련된 조항을 개정해야 한다며 소송을 제기하였다. 따라서 헌법소송 사건의 경우, 국회 내 다수와 소수에 대한 판단은 반드시 수적 우위에 기반한 것이 아닐 수도 있다.

둘째, 국회 내 다수결 원리의 불공평성에 대한 문제를 제기하고 이를 해결하기 위해 헌법소송이 시도되고 있다. 이러한 유형은 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의심판 사건을 통해 알 수 있다. 헌법재판소는 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 사건에 대해서 국회 내 절차의 위헌성을 판단하는데 상당히 유보적인 입장을 취하고 있다. 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 사건 등을 보면 해당 사건의 위헌 여부와 상관없이 국회 내부의 절차는 국회의 자율성 영역으로 인정하고 이러한 과정에 헌법재

판소가 개입하는 것은 적절하지 않다는 입장을 견지하고 있다. 국회의원과 관련한 권한쟁의사건은 국회 다수결 절차에 대한 문제 제기가 주된 심사 대상이 되지만, 헌법재판소는 절차의 위헌성에 대해서 부분적으로 위헌을 확인하고 있지만 결과적으로는 사법자제 판결을 내리고 있다. 따라서 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 사건은 사실상 국회 다수결의 원리를 사법적으로 인정하고 그 입법의 효과에 대해서도 위헌 선언 등을 하지 않는다는 점에서, 사법심사가 반다수제이자 비민주적이라는 비판이 적절하지 않다는 것을 알 수 있다.

셋째, 앞선 두 번째 유형과 같은 다수결 원리이지만, 헌법재판소가 내리는 판단은 정반대의 경우로 나타날 수 있다. 즉, 국회에서 다수결 원리에 의해서 통과된 법률이지만, 해당 법률이 국민여론의 방향과 정반대의 흐름을 보이는 경우에, 개인의 기본권을 보호하기 위한 이유에서 헌법소송이 제기될 수 있다. 여기에서 정치적 동기의 유형화와 연결되는 지점은 헌법재판소의 판결 결과가 청구인인 지방자치단체장의 정치적 입지를 강화하는 정치적 효과로 나타나고 있다는 점이다. 이 유형에 해당하는 사건은 신행정수도 이전법에 대한 위헌 판결이다. 국회에서 통과된 「신행정수도의 건설을 위한 특별조치법」은 서울시의회 및 의원, 서울시 공무원, 그리고 개인들의 청구가 받아들여져 위헌 결정이 내려졌다. 제17대 총선을 거친 후 국회는 대통령 소속 정당인 열린우리당이 과반의석을 차지하고 단점정부를 형성하게 되었다. 그러나 서울시의회는 한나라당이 서울시의장 및 서울시의회 전체 의석의 과반이상을 차지하고 있는 상황이었다. 이러한 상황에서 대한민국의 수도를 서울이 아닌 세종시로 이전하겠다는 국회의 결정에 대해 서울시는 반기를 들었던 것이다. 2004년 7월 12일 헌법소송이 제기되었고, 같은 해 10월 21일 행정수도 위헌 결정이 내려졌던 당시 서울시의회 구성을 살펴보면 서울시장(이명박 前 대통령) 및 의석수의 과반수 이상이 한나라당 소속의원이었다. 전체 113명의 서울시의원 중 한나라당 89명(전체 의석수의 78.8%), 열린우리당 12명(10.6%), 민주당 8명(7.1%), 새천년민주당 3명, 민주노동당 1명으로 구성되어 있었다.²⁷⁾ 당시 서울시의장 역시 전반기에는 이성구(서초구 제1선

거구) 前 서울시의원, 후반기에는 임동규(강동구 제4선거구) 前 서울시의원이 맡았으며, 두 의장 모두 한나라당 소속이었다. 헌법재판소의 위헌 결정으로 헌법재판소가 더욱 주목을 받게 되었지만, 동시에 이 사건을 청구한 서울시의회 역시 정치적 위상을 더욱 강화할 수 있는 계기를 마련하였다. 실제로 당시 이명박 서울시장은 강화된 정치적 입지를 바탕으로 2007년 대통령 선거에서 제17대 대통령으로 당선되었다.

넷째, 정치국면 전환과 정권의 정통성을 도모하기 위해 사법심사 과정을 활용할 수 있다. 이러한 주장은 현대 민주주의 작동 원리에 상당히 모순적인 내용이기도 하다. 중립성과 독립성을 강조하는 헌법재판소가 정권의 정치적 이용 대상이 되었다고 주장하는 것은 헌법재판소의 제도적 정당성을 부정하는 것일 수도 있기 때문이다. 그러나 통합진보당 해산 결정을 통해 헌법재판소는 정당의 민주적 원리를 부정했고, 소속 국회의원을 사법적으로 면직시킴으로써 선거와 대표의 의미를 축소시켰다는 비판을 면할 수 없게 되었다. 이는 당시 국가정보원의 선거 개입에 따른 대통령 지지율 하락 등의 정치 상황과 맞물려서 정치적 위기 국면을 타개하고 보수 정권의 정통성을 도모하기 위한 이유로 소송이 제기되었다고 볼 수 있다.

다섯째, 국민여론에 대한 반응성을 적극적으로 실현하고 정치적 책임을 분산시키기 위한 정치적 동기를 들 수 있다. 헌법에 명시된 탄핵절차는 국회와 헌법재판소가 주요한 행위자로 등장하는 구조이다. 탄핵절차는 국회의 탄핵소추권과 헌법재판소의 탄핵심판으로 이루어진다. 국회가 탄핵소추안을 의결하면 헌법재판소는 대통령 탄핵을 심판하게 된다. 탄핵소추안 의결과 탄핵심판 결정을 제도적으로 이분화 함으로써 양 기관의 정치적 책임은 분산되는 효과를 가진다. 노무현 前 대통령 탄핵소추안은 당시 여당인 한나라당과 이에 동조한 민주당이 발의했지만, 그 결과 제17대 총선을 통해 열린우리당이 국회 내 여당으로 재편되는 정치적 결과를 가져왔다. 탄핵소추안 발의에 대한 국회의 정치적 책임은 총선을 통해 반영되었다고 볼 수 있다. 헌법재판소는 총선 민심을 통한 여론에 반

27) 서울시의회(<http://www.smc.seoul.kr/main/index.do>)

응성을 보이면서 최종적으로 대통령의 위법성은 확인했지만 위법의 정도가 중대하지 않다는 이유로 탄핵 기각 결정을 내렸다. 국회는 탄핵소추안에 대한 책임을 지고 헌법재판소는 대통령 파면에 대한 사법적 책임을 지고 있다. 비록 노무현 前 대통령 탄핵과정은 원고인 국회 차원에서 본다면 당시 탄핵을 반대하는 국민여론에 대한 반응성은 떨어진다고 볼 수 있지만, 제도적 운영상 정치적 책임을 분산시킬 수 있었기 때문에 정치적 동기에 대한 설명은 설득력이 있다고 볼 수 있다. 박근혜 前 대통령 탄핵과정에서 국회는 사실상 국민여론에 떠밀려 탄핵소추권을 발의했고, 이를 의결하는 과정에서 정당 간 이해관계가 첨예하게 대립되는 모습을 보이기도 했다. 박근혜 前 대통령 탄핵을 통해 주요한 두 행위자인 국회와 헌법재판소는 국민여론에 적극적인 반응을 보이면서 정치적 책임과 부담을 양분하는 정치적 효과를 얻을 수 있었다. 이를 계기로 양 기관 모두 정치과정에서 제도적 정당성을 공고히 할 수 있었다.

(2) 반응성, 정당성, 책임성에 관한 논의

대의정치의 주요한 개념인 반응성, 정당성, 책임성에 관한 논의는 헌법소송의 정치적 동기를 보다 분석적으로 설명하고 헌법재판소의 역할을 규명하기 위한 목적에서 제시되고 있다. 반응성과 정당성, 책임성은 유기적으로 연결되어 있다. 그러나 어느 한 요소가 높다고 해서 다른 요소도 같이 높아지는 것은 아니다. 예를 들어 헌법재판소가 통합진보당 해산에 찬성하는 여론과 같은 결론을 내렸다고 해서 헌법재판소의 정당성이나 책임성도 같이 높아지는 것은 아니다.

반응성은 국민여론과 정부에 대한 반응으로 구분할 수 있으며, 정당성은 제도적-기능적 정당성, 인적-조직적 정당성, 그리고 실질적-내용적 정당성으로 구성된다. 책임성은 인사청문회 제도와 2005년에 개정된 헌법재판소법 관련 조항이 핵심적인 내용을 이루고 있다.

① 반응성(responsiveness)

반응성을 측정하는 지표 중의 한 요소는 선거이다. 4년 임기의 국회의 원이나 5년 임기의 대통령은 재선(reelection)을 위해 국민여론에 항상 민감하게 반응한다(Fenno 1973). 그러나 헌법재판소는 선거를 통해 선출되는 것이 아니라 국회의 선출, 대통령의 임명, 대법원장의 지명으로 최종적으로 대통령이 임명하기 때문에 선거를 통해 반응성을 직접적으로 확인하기는 어렵다. 헌법재판소가 정치적 사법기관이라는 점에는 이견이 없다. 다만 반응성을 측정하는 지표가 선거와 투표에 한정된다면 헌법재판소는 측정 대상에서 제외되는 모순에 빠지게 된다. 따라서 반응성을 측정하는 방법을 보다 확장할 필요가 있다. 페레티는 정치적 대표에서 중복성과 다양성을 특징으로 하는 다원주의 체제(pluralist principles of governance)를 제시함으로써 사법심사는 반민주적이며 궤도에서 이탈한 집단이 아닌 정상적이며 민주적인 의사결정을 하는 정치 제도들 중의 하나로서 민주적 가치와 조화를 이룬다고 주장한다. 그는 기본적으로 미국 정치에서 사법부를 적극적으로 옹호하고 방어하고 있으며, 사법 개입을 긍정적인 측면에서 바라보고 있다. 사법 개입(judicial intervention)은 입법부와 행정부에서 상대적으로 대표되지 못하는 소수의 이익이나 그룹의 입장을 대변하고 재고할 수 있는 기회를 제공할 수 있다는 점에서 긍정적인 기능을 담당하고 있다는 것이다. 이러한 과정은 장기적으로 보다 폭넓은 합의에 기여하며 체계의 정당성을 증대시켜 정치적 안정을 도모하게 된다(Perreti 2001, 242). 이를 위해 그는 선거와 의회, 그리고 정치적 대표 기능을 하는 정당 중심의 정치 체제가 아닌 로버트 달이 주장하는 다원주의 체제에 주목하고 있다. 로버트 달이 주장하는 다원주의란 한 국가의 영역 안에 상대적으로 자율적인(독립적인) 조직들(하위체계들)이 복수적으로 존재함을 지칭한다(로버트 달 지음; 신윤희 옮김 1992, 26). 정치 제도들 간 비수직적인 관계²⁸⁾는 의회의 우위성을 부정하

28) 그러나 이러한 관계가 수평적인 관계라고 단정하기는 어렵다. 왜냐하면 다양한 제도들 간에도 의사결정과정에서 우위를 차지할 수 있는 정치적 역학이

게 되며, 그 결과 사법부는 의사결정과정에 참여할 수 있는 행위자로 등장하게 된다. 사법부는 여론, 특히 이익집단과 긴밀한 관계를 가진다는 주장이 경험적 근거를 통해 제시되고 있는데, 이는 정치적 책임성과 반응성(responsiveness)을 수반하게 된다. 사법심사에 긍정적인 페레티의 논의와는 달리 사법심사의 부정적 기능을 주장하는 반론도 상당히 많다. 오승용(2009)은 선출되지 않고(unelected), 견제 받지 않으며(unchecked), 책임지지 않는(unaccountable) 헌법기구인 사법부의 ‘정치적 실천’은 근대(다수결) 민주주의 체제의 작동과 근본적으로 배치되는 측면이 있다고 주장한다. 비켈 역시 사법심사가 정치 체계에서 반다수적인(countermajoritarian) 방향으로 힘을 행사할 수 있다고 경고하고 있다. 연방대법원이 의회 법안이나 혹은 선출직 공무원의 행동을 비합법적인 것이라고 천명할 때, 그것은 실질적인 국민의 대표자의 의지를 위협하게 된다는 것이다. 이는 다수의 의견과 반대되는 형태로 통제력을 행사하게 되며, 이러한 이유로 사법심사가 비민주적이라는 비판을 받게 되는 것이다(Bickel 1986, 16-17). 일라이는 다수결 민주주의가 미국 체제의 핵심이라고 주장하고 있다(Ely 1980, 7). 초퍼(Jesse Choper) 또한 다수결 원칙이 이론이나 현실적 측면에서 민주적 정치 체계의 가장 핵심적인 부분이라고 주장하고 있다(Choper 1980, 4).

한편, 반응성을 구성하는 또 다른 중요한 요인은 여론이다. 사법부의 권위는 결국 법원에 대한 사회적 인식에 의존하고 있기 때문에 법원의 제도적 정당성과 효율성을 논할 때에는 여론을 필수적으로 고려해야 한다는 연구들²⁹⁾이 배출되고 있다(차동욱 2006c, 18). 여론은 사법적극주의

작동하기 때문이다. 페레티는 이에 관한 언급은 구체적으로 하지 않는 대신 비수직적인 관계가 가져올 수 있는 긍정적 기능만을 낙관적으로 전망하고 있다.

- 29) Gregory A. Caldeira. 1986. “Neither the Purse Nor the Sword: Dynamics of Public Confidence in the Supreme Court.” *American Political Science Review* 80, 1209-1226; Gregory A. Caldeira and James L. Gibson 1992. “The Etiology of Public Opinion for the Supreme Court.” *American Journal of Political Science* 36, 635-664; James L. Gibson, Gregory A. Caldeira, and Vanessa A. Baird. 1998. “On the Legitimacy of National High Courts.” *American Political Science Review* 92, 343-358; Walter

해석의 구조적 요인으로 작용할 수 있지만 동시에 사법자제의 구조적 요인으로도 작동할 수 있다. 여론의 지지는 사법부의 권위와 제도적 정당성의 원천이 된다. 반대로 특정 사안에 대해 여론과 청구 소송인이 서로 다른 입장을 보일 때 헌법재판소는 여론의 지지에 힘입어 사법자제 판결을 도출할 수 있다. 이러한 사례에 해당하는 것이 2004년 신행정수도이전법 위헌 판결이다. 당시 국회는 신행정수도이전법을 압도적인 표결로 통과시켰으나, 헌법재판소는 수도 이전을 반대하는 여론을 근거로 이 법이 헌법에 위배된다고 결론을 내렸다. 이러한 결론에 대해 정치학계에서는 헌법재판소가 사법적극주의적 판단을 내리고 과도한 정치개입을 한다고 비판했다. 그러나 국회의 결정에 반대되는 판단을 내렸다고 해서 이를 모두 사법적극주의라고 단정할 수 없으며, 이를 대의민주주의 위기로 확대 해석하는 것은 경계해야 한다. 기본적으로 헌법소원심판은 개인의 기본권이 침해된 경우에 이를 구제하기 위한 법적 수단으로 활용된다. 헌법재판소가 헌법소원심판의 취지에 맞게 개인의 기본권 구제에 초점을 맞추고 판결을 내렸다면 이는 다수결 원리에서 소외된 소수를 보호하는 목적에 합당한 판단을 내렸다고 볼 수도 있기 때문이다. 당시 헌법재판소가 국회의 결정과 반대되는 판단을 내릴 수 있었던 동력은 국민여론에 있었다.

헌법재판소는 여론으로부터 자유로울 수 없다. 김종대 前 헌법재판관은 재판관이 법리적 판단을 할 때 민심이나 여론이 작용한다고 말한바 있다(2016.11.22., CBS 라디오 인터뷰). 같은 맥락에서 최한수도 탄핵심판에서 여론의 중요성을 강조하고 있다(최한수 2006, 22). 다만 헌법재판소의 결정과 여론의 방향이 일치한다는 사실만으로 헌법재판소가 여론의 영향을 받은 판결을 했고 따라서 그 정당성을 의심해 볼 수밖에 없다는 것은 성급한 결론이 된다. 헌법재판소가 여론을 따라가는 것이 아니라 헌법재판소가 여론을 활용하는 것으로 이해하는 것이 바람직하다(차동욱 2017, 7).

Murphy and Joseph Tannenhause. 1990. "Publicity, Public Opinion, and the Court." *Northwestern University Law Review* 84, 985-1023; Georg Vanberg, 2005. *The Politics of Constitutional Review in Germany*. New York: Cambridge University Press.

반응성은 여론에 대한 반응과 정부에 대한 반응으로 구분할 수 있다. 대통령 탄핵이나 신행정수도 이전, 부정청탁금지법, 그리고 통합진보당 해산 등은 모두 여론의 방향과 일치하는 결론을 내렸다. 그러나 통합진보당 해산 문제는 특히 정부에 대한 반응이 더 높다고 평가할 수 있다. 반면 국회의장과 국회의원 간의 권한쟁의 사건이나 선거구 획정을 둘러싼 공직선거법 개정안 사건은 국회 내의 절차와 관련된 사항이 주된 쟁점이 되었다. 이들 사건은 국회 내의 절차와 관련된 사항이 법적 판단의 대상이 되었고, 국회의원의 입법권이나 표결권 등과 같은 국회 내부 절차와 관련된 사항은 여론이 형성될 정도의 국민적 관심의 대상이 되지 못했다. 예를 들어 국회의원의 당사자 적격 여부를 심사한 사건이나, 본회의 반대토론 절차상의 하자 사건 같은 경우는 국회 내부 절차에 관한 판결로서 이 사건에 관한 여론이 형성될 여지는 거의 없었다. 따라서 이들 사건은 국민여론의 형성을 구체적으로 추적하는데 물리적 한계가 존재한다. 입법관련 행위의 헌법 위배 여부를 판단하는 권한쟁의심판의 경우 헌법재판소는 상대적으로 여론의 영향으로부터 자유로운 판단을 내리고 있다는 것을 알 수 있다. 그러나 한미FTA 비준동의안 상정사건이나 미디어법 사건의 경우는 국회에서 강행처리하는 것을 반대하는 여론이 형성되어 있었다. 이들 사건의 경우 국회에서 물리적 충돌과 폭력사태가 불거지면서 관련법 처리를 둘러싸고 국민적 관심이 집중되고 있었다. 헌법재판소는 입법관련 행위에 대한 판단을 내릴 때 절차상의 위헌만 확인할 뿐, 법률의 무효나 구체적인 문제 해결 방식에 대해서는 판단을 보류하고 있다. 이러한 헌법재판소의 판단은 국회의 입법형성권에 대한 존중, 혹은 권한쟁의심판을 통한 정치 개입의 자제라는 표현으로 판결문에 나타나고 있다. 헌법재판소가 반응성에 소극적인 이유는 입법관련 행위에 대한 판단은 절차의 위헌 여부에만 주목할 뿐, 입법의 효과에 대한 판단은 자제함으로써 정치과정에 개입하는 것을 스스로 제어하고 있기 때문이다. 동일한 패턴을 반복하고 있는 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의심판 판결이야말로 정치의 사법화로 분류될 수 있는 가장 적합한 사례라고 볼 수 있다.

본 연구는 헌법재판소의 반응성 지표를 경험적으로 살펴보기 위하여 주요 일간지 사설과 여론조사의 흐름을 살펴보고 핵심적인 주제어를 추출하고 있다. 그리고 이러한 핵심단어가 헌법재판소 판결문에 나타나고 있는지, 나타나고 있다면 어떠한 내용으로 반영되어 있는지를 분석함으로써 헌법재판소의 반응성을 확인하고 있다.

② 정당성(legitimacy)

정당성은 제도적-기능적 정당성, 인적-조직적 정당성, 그리고 실질적-내용적 정당성으로 구성된다. 헌법에 명시되어 있는 헌법재판소의 기능은 제도적 정당성에 기반하고 있다. 그리고 헌법재판소장과 헌법재판관 등의 임명과정을 통해 헌법재판소는 간접적으로 국민의 신임을 통한 인적 정당성을 획득한다. 실질적 정당성은 국민의 의사가 반영되고 있다는 것을 보여줄 때 내용적 의미를 가진다. 제도적, 인적, 그리고 실질적 차원의 세 가지 정당성이 서로 유기적으로 연결되어 있을 때 가장 이상적인 정당성으로 구현될 수 있으나, 그 조건이 반드시 충분조건은 아니다.

선출되지 않은 권력이라고 해서 정당성이 없다고 단언할 수는 없다. 정당성의 근원을 선출된 권력으로만 한정한다면 법의 지배 혹은 사법부의 정치적 역할에 대한 논의는 시도될 여지조차 없게 될 것이다.³⁰⁾ 이러한 인식은 입법부는 다수제 원칙, 사법부는 선출되지 않은 반민주적 집단이라는 이분법적 논의를 극명하게 보여 줄 뿐이다. 헌법에 명시된 국민주권원리에 의한다면 국회와 대통령은 선거를 통한 민주적 정당성을 확보하고 있다. 헌법재판 역시 그 중대성을 감안한다면 민주적 정당성이 담보될 때 제도적 정당성도 보장될 수 있을 것이다. 헌법재판소는 선출되지 않은 권력이라 하더라도 그 구성방식과 운영을 통해 민주적 정당성을 보완해 나갈 수 있다. 민주적 정당성에 대한 범위는 비단 선거를 통한 선출뿐만이 아니라 국민여론의 반영도 포함되어야 한다. 여론의 민주적

30) 비슷한 주장을 하고 있는 연구로는 이명웅 2005, 267-270.

기능이 헌법재판소의 민주적 정당성 결여에 대한 비판을 완화시킬 수 있기 때문이다.

그러나 민주적 정당성을 강화하는 것은 제도적 정당성에 위협을 초래할 수도 있다. 법원이 집권정치세력의 이익을 대변해주는 방식으로 개입을 하게 되면, 집권정치세력은 대결 구조에서 이탈하고 대신 집권정치세력에 반대하는 세력이 법원을 대결의 상대자로 지목하게 된다. 원고적격이 확대되고 법원이 권리의 수호자로서 이러한 변화에 적극적으로 대응할 때, 역설적으로 법원의 제도적 정당성은 훼손될 가능성이 높아진다(차동욱 2015, 4). 따라서 반응성과 정당성이 때로는 그 궤를 같이 할 수도 혹은 서로 상쇄관계를 형성할 수도 있다.

③ 책임성(accountability)

반응성과 정당성에 비해 보다 직접적이고 실체적인 지표로 활용될 수 있는 변수는 책임성이다. 반응성은 특정 사건이 진행될 때 사후적으로 집단 여론을 보여주는 방식이며 그 형식과 내용도 단일화된 방식으로 나타나는 것도 아니다. 그리고 여론이 헌법재판소 판결에 직접적으로 영향을 주었다고 단정하기 어려운 측면도 존재한다. 정당성 역시 제도에 대한 이념형을 논할 때 주로 사용하게 된다. 한편, 책임성은 9명 각각의 헌법재판관에 대한 인적 검증과 판결문에 최종적으로 의견을 표시하는 방식으로 확인할 수 있다는 점에서 보다 구체적이고 실체적인 요소라고 할 수 있다.

인사청문회는 국민들에게 헌법재판소의 역할 뿐만 아니라 개별 헌법재판관의 인적 정보를 제공하는 기회를 마련해준다. 그러나 인사청문회 제도 때문에 사법부가 독립성을 유지하기 어렵다는 비판도 제기된다. 즉, 제도적인 차원에서 사법부 독립은 제한적이라는 것이다. 로젠버그는 미국 연방대법원은 다른 정부조직으로부터 충분할 정도의 독립성을 유지하지 못하기 때문에 의미 있는 사회 개혁을 생산하는데 제한적이라고 주장한다(Rosenberg 1991, 15). 이것은 환경 제한적인 법원(constrained

court)을 주장하는 근거 중의 하나로 제시되고 있다. 로젠버그는 정치인에 의해서 임명되고 있는 절차 때문에 연방대법원은 독립성을 유지할 수 없다고 보고 있다. 대통령은 사법 철학이 비슷한 성향의 대법관을 임명하게 된다. 연방대법원의 인적 구성 변화는 우세한 정치적 견해와 비슷한 판결을 보이게 된다. 따라서 환경 제한적인 법원의 관점은 임명 절차를 사법부 독립의 제한 요소로 보고 있다(Rosenberg 1991, 13).

페레티도 법원은 다양한 방법을 통해 정치적 견제를 받고 있으며 그 권한과 힘은 제한적이라고 주장한다(Peretti 2001, 151). 페레티는 사법 권력을 통제할 수 있는 대통령과 의회의 권한에 대해 기술하고 있다. 미국 의회는 사법부를 통제할 수 있는 공식적인 권한을 가지고 있다. 의회는 연방대법원장을 탄핵할 수 있으며, 상소심의 재판권(appellate jurisdiction)을 제한할 수 있고, 연방대법원의 수를 조정할 수 있으며, 헌법 조항의 개정을 제안할 수 있다. 의회는 또한 대법관의 임기를 정할 수 있고, 연방대법원의 예산과 인력, 그리고 임금을 통제할 수 있다. 대통령이 가지고 있는 가장 중요한 공식적인 권한은 연방대법원장을 임명할 수 있다는 것이다. 대통령은 의회를 통해 사법부를 견제한다(Peretti 2001, 138).

헌법재판에 대한 민주적 통제는 헌법재판관의 선출과 임명방식으로 행해진다. 페레티는 정책결정과정은 연관된 정치 행위자 간의 상호(*mutual*) 적응하는 과정중의 하나라고 주장하고 있으며(Peretti 2001, 157), 정치 행위자는 전통적인 정치 행위자뿐만 아니라 사법부도 포함된다. 다만 정치적 제약조건과 결합된 정책 유인(policy motivation combined with political constraints)은 사법부가 자의적인 결정을 할 수 없도록 한다고 주장하고 있다(Peretti 2001, 158). 그가 강조하는 정치적 제약조건과 결합된 정책 유인은 임명방식과 연결된다. 헌법재판소 재판관에 대한 임명권은 입법·행정·사법부간의 권력분립과 견제를 포함하고 있다.

로젠버그(Rosenberg 1991)와 페레티(Peretti 2001)는 임명 절차를 사법부 독립의 제한 요소로 보고 있지만, 본 연구에서는 책임성을 강화하는 측면으로 해석하고 있다. 책임성 강화와 관련하여 여기에서 주목하는 것

은 2005년 개정된 헌법재판소법이다. 개정된 헌법재판소법은 당초 2004년 11월 6일 송영길 의원 등 34인으로부터 발의되어 같은 해 11월 9일 법제사법위원회에 회부된 헌법재판소법중개정법률안, 그리고 2004년 12월 16일 장운석 의원 등 11인으로부터 발의되어 같은 해 12월 17일 법제사법위원회에 회부된 헌법재판소법중개정법률안 두 건을 병합하여 위원회 대안으로 상정·통과된 법안이다.³¹⁾ 2005년 헌법재판소법이 개정되면서 두 가지 중요한 사항이 변경되었다. 첫 번째는 기존의 검증 대상이었던 국회 선출 3인과 대통령이 임명하는 헌법재판소장 외에 인사 검증을 하지 않았던 대법원장이 지명하는 3인과 대통령이 임명하는 2인에 대해서도 국회의 인사 청문을 거치도록 개정된 것이다(헌법재판소법 제6조 제2항). 두 번째는 헌법재판소법에는 탄핵심판과 정당해산심판의 경우 심판에 관여한 재판관의 의견표시의무에 대한 명시적 근거가 없어 소수의견을 결정문에 표시하지 못하는 문제점이 노출되었는데, 이러한 제도적 미비점을 보완하기 위해 모든 심판에 관여한 재판관은 결정문에 의견을 표시하는 것으로 개정되었다(헌법재판소법 제36조 제3항).

헌법재판소장은 대통령이 임명³²⁾하고 있으며, 헌법재판관은 모두 국회

31) <국회 의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr>)>

제251회국회(임시회) 제2차 법제사법위원회 상정(2004.12.24.)

제254회국회(임시회) 제3차 법안심사소위원회 개최(2005.6.28.)

제254회국회(임시회) 제7차 법안심사소위원회 의결(2005.6.29.)

제254회국회(임시회) 제7차 본회의 의결(2005.6.29.)

32) 법관과 그들을 임명하는 대통령 사이의 정책선호도가 일치하는지 여부를 통해 대통령과 법관의 관계를 연구하는 자료도 있다. 이러한 연구의 특징적인 점은 인종 문제나 시민권 등 특정 이슈를 연구대상으로 하고 있다는 것이다. 법관들을 임명하는 대통령의 이념이나 정책 기대치를 충분히 반영하는 법관의 수가 그렇지 않은 수보다 월등히 많은 것으로 조사되었다(Peretti 2001: 115). 그러나 방법론과 주관성의 문제 때문에 이러한 가정을 검증하기 위한 다른 대안들이 제시되고 있다. 로데(Rohde)와 스페스(Spaeth)는 1909년부터 1971년도까지 임명된 모든 법관들의 투표 기록(진보, 중도, 보수로 구분)을 토대로 임명권을 가진 대통령의 진보 성향이나 보수 성향에 부합하는지 여부를 분석했다. 로데와 스페스는 전체의 4분의 1에 못 미치는 법관들이 대통령의 견해와 반대로 투표한다는 사실을 발견했다. 헵(Heck)과 쉘(Shull)은 시민권과 관련한 정책 견해나 관심도를 측정하는 지표로서 정당일체감 대신 대통령의 공적인 진술(public statements)을 사용하는 연구를 시도했다. 그들의 연구 결과 64%(14명의 법관 중 9명)만이 대통령과 일치된 의견에 투표를 하

의 인사청문회 절차를 거치게 되어 있다. 헌법재판소장 및 재판관에 대한 인사청문회는 해당 후보자에 대한 검증뿐만 아니라 임명권자인 대통령에 대한 견제 도구로 활용되기도 한다. 일례로 2017년 1월 31일에 퇴임한 박한철 헌법재판소장 후임으로 지명된 김이수 재판관에 관한 임명동의안은 2017년 9월 11일 국회 본회의에 상정되었으나 부결된바 있다(출석의원 293명 중 찬성 145명, 반대 145명, 기권 1명, 무효 2명). 이러한 결론이 도출된 이유는 야당인 자유한국당과 바른정당, 그리고 국민의당³³⁾이 문재인 정부를 견제하고 사법개혁에 제동을 걸기 위함이었다. 특히 김이수 후보자의 이념 성향을 둘러싼 논란에 대해 사법부 내에서는 이념 성향이 다르다고 해서 임명이 되지 않는다면 사법부의 정치화가 심화되는 것이라고 비판하기도 했다.³⁴⁾ 헌법재판소는 법관의 자격을 가진 9인의 재판관으로 구성되며, 3인은 대통령의 임명, 3인은 국회의 선출, 그리고 나머지 3인은 대법원장이 지명하는 자가 최종적으로 대통령에 의해서 임명된다. 국회에서 선출하는 3인은 여당 추천 1인, 야당 추천 1인, 여·야 공동추천 1인으로 국회 본회의 의결을 거치게 된다(국회법 제46조의3). 그리고 절차상 대법원장이 지명하는 3인과 대통령이 임명하는 2인, 즉 헌법재판소장을 제외한 나머지 2인에 대해서는 소속 상임위원회 차원의 의결을 충족해야 한다(국회법 제65조의2 제2항). 또한 헌법재판소 재판관 후보자가 헌법재판소장 후보자를 겸하는 경우에는 인사청문특별위원회에서 인사 청문을 행하고 이는 소관 상임위원회인 법제사법위원회에서 인사청문회를 겸하는 것으로 규정하고 있다(국회법 제65조의2 제5항).

[표 1-2] 인사청문회 대상 및 근거법령³⁵⁾

는 것으로 나타났다. 관련 연구는 대통령이 법관을 임명함으로써 법관의 의사결정에 영향을 미친다는 사실을 지속적으로 강조하고 있다. 이러한 연구를 통해 대통령은 그가 임명한 사법부 내의 의사결정 성과에 대해 긍정적인 방향으로 예측할 수 있다는 것을 증명하고 있다(Peretti 2001, 118).

33) 2017년 9월 당시 정당별 의석수는 더불어민주당 120석, 자유한국당 107석, 국민의당 40석, 바른정당 20석, 정의당 6석, 새민중정당 2석, 대한애국당 1석, 무소속 3석의 분포를 보이고 있었다.

34) 뉴시스 “법조계, ‘김이수 부결’ 충격과 우려…사법부 정치화”(2017.9.11.)

35) 임명절차와 관련하여 국회, 대통령, 대법관에 의해서 추천되는 재판관은 동

인사청문대상	근거법령	인사청문실시위원회
헌법상 국회 임명동의를 요하는 대법원장, 헌법재판소장, 국무총리, 감사원장, 대법관 국회선출헌법재판관, 중앙선거관리위원 대통령 당선인이 인사청문 실시를 요청하는 국무총리후보자	국회법 제46조의3	인사청문특별위원회
대통령이 임명하는 헌법재판관, 중 양선거관리위원, 국무위원, 국정원장, 김 찰총장, 경찰청장, 합참의장, 방송통 신위원장 후보자	국회법 제65조의2	소관 상임위원회

일한 동의절차를 거치는 것이 필요하다. 같은 헌법재판소 재판관을 임명하는 과정에서 추천하는 주체별로 서로 다른 법령에 근거하는 것은 절차적 정당성을 약화시킬 수 있다. 인사청문회 근거 법령은 각각 다음과 같다.

국회법제46조의3(인사청문특별위원회) ①국회는 헌법에 의하여 그 임명에 국회의 동의를 요하는 대법원장·헌법재판소장·국무총리·감사원장 및 대법관과 국회에서 선출하는 헌법재판소 재판관 및 중앙선거관리위원회 위원에 대한 임명동의안 또는 의장이 각 교섭단체대표의원과 협의하여 제출한 선출안 등을 심사하기 위하여 인사청문특별위원회를 둔다. 다만, 대통령직인수에 관한 법률 제5조제2항의 규정에 의하여 대통령당선인이 국무총리후보자에 대한 인사청문의 실시를 요청하는 경우에 의장은 각 교섭단체대표의원과 협의하여 그 인사청문을 실시하기 위한 인사청문특별위원회를 둔다.

② 인사청문특별위원회의 구성과 운영에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로 정한다.

국회법제65조의2(인사청문회) ①제46조의3의 규정에 의한 심사 또는 인사청문을 위하여 인사에 관한 청문회(이하 "인사청문회"라 한다)를 연다.

② 대통령이 다른 법률에 따라 헌법재판소 재판관·중앙선거관리위원회 위원·국무위원·국가정보원장·국세청장·검찰총장 또는 경찰청장의 후보자에 대한 인사청문을 요청한 경우와 대법원장이 다른 법률에 따라 헌법재판소 재판관 또는 중앙선거관리위원회 위원의 후보자에 대한 인사청문을 요청한 경우에는 그 인사청문을 실시하기 위하여 각각 소관상임위원회별로 인사청문회를 연다.

⑤ 헌법재판소 재판관 후보자가 헌법재판소장 후보자를 겸하는 경우 제2항제1호의 규정에 불구하고 제1항의 규정에 따른 인사청문특별위원회의 인사청문회를 연다. 이 경우 제2항의 규정에 따른 소관상임위원회의 인사청문회를 겸하는 것으로 본다.

대법원장이 지명하는 헌법재판관, 중앙선관위원 후보자 대통령 당선인이 지명하는 국무위원 후보자		
--	--	--

그러나 헌법재판소는 그 스스로도 대표성의 원리보다는 중립성의 원리를 강조하고 있는바, 임명배경이 재판관의 판단을 좌우하는데 필요충분조건이 될 수 없다고 본다. 일례로 이정미 前 재판관은 2011년 3월 이용훈 당시 대법원장의 추천으로 헌법재판관에 임명되었는데, 이용훈 前 대법원장은 노무현 대통령이 추천한 인사로 상대적으로 진보인사로 분류되었다. 그럼에도 불구하고 이정미 前 재판관은 통합진보당 해산심판에 대해 찬성 의견을 보였다. 서울대 빅데이터연구원³⁶⁾은 박근혜 前 대통령 탄핵심판을 앞두고 2016년 12월 헌법재판소 재판관의 이념 성향을 분석(2014.4~2016.12, 639건 판결문 전수조사)한 결과를 발표한바 있다. 이를 통해 탄핵심판의 결과를 예측했는데, 결과적으로 당초 예측과는 달리 이념 성향은 판결에 결정적인 역할을 하지 않은 것으로 나타났다.

헌법재판소에 책임성을 부과하는 또 다른 방법은 결정문에 각 헌법재판관 의견을 공개하도록 하는 것이다. 2004년 노무현 대통령 탄핵심판에서는 소수 의견을 낸 헌법재판관들의 이름이 결정문에 표시되지 않은 채 전체 의견만 제시되었다.³⁷⁾ 2005년 개정된 헌법재판소법에 따라 기존의

36) 서울대 빅데이터연구원(<http://bdi.snu.ac.kr>)

37) 노무현 탄핵심판 결정문에 “헌법재판소법 제34조 제1항에 의하면 헌법재판소 심판의 변론과 결정의 선고는 공개하여야 하지만, 평의는 공개하지 아니하도록 되어 있다. 이 때 헌법재판소 재판관들의 평의를 공개하지 않는다는 의미는 평의의 경과뿐만 아니라 재판관 개개인의 개별적 의견 및 그 의견의 수 등을 공개하지 않는다는 뜻이다. 그러므로 개별 재판관의 의견을 결정문에 표시하기 위해서는 이와 같은 평의의 비밀에 대해 예외를 인정하는 특별규정이 있어야만 가능하다. 그런데 법률의 위헌심판, 권한쟁의심판, 헌법소원심판에 대해서는 평의의 비밀에 관한 예외를 인정하는 특별규정이 헌법재판소법 제36조 제3항에 있으나, 탄핵심판에 관해서는 평의의 비밀에 대한 예외를 인정하는 법률규정이 없다. 따라서 이 탄핵심판사건에 관해서도 재판관 개개인의 개별적 의견 및 그 의견의 수 등을 결정문에 표시할 수는 없다고 할 것이다.”라고 명시하고 있다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 659).

위헌법률심판, 헌법소원심판, 권한쟁의심판 뿐만 아니라 탄핵심판과 정당 해산심판 모두 결정문에 재판관 의견을 공개하는 것으로 변경되었다. 이에 2014년 통합진보당 해산심판과 2017년도 탄핵심판 등에서 재판에 참여한 헌법재판관 이름과 견해가 모두 결정문에 공개되었고, 그 결과 반응성과 책임성이 부여되는 효과를 가지게 되었다고 볼 수 있다. 헌법재판소는 청구인이 헌법소송으로 제기한 법률에 대해 합헌, 혹은 위헌 결정을 내림으로써 내용적으로 판결 결과에 책임을 지게 된다. 책임성을 판단하기 위해서는 헌법소송 사례별로 판결문의 내용을 구체적으로 분석할 때 가능해진다.

(3) 헌법재판소의 ‘사법자제’ 판결 사례 분류

헌법재판소가 행정부나 입법부의 결정과 반대되는 판결을 내린다면 일반적으로 이를 사법적극주의로 판단한다. 그리고 분점정부 하에서 사법부의 재량판단의 공간이 넓어지면 사법적극주의 판결이 나올 가능성이 높다고 보고 있다. 차동욱(2015)은 장래보장이론을 통해 이와 같은 주장을 정리하고 있다. 분산되고 파편화된 권력구조 상황에서 왜 사법부의 역할과 위상이 강화되는가에 대한 가장 적절한 설명은 장래보장이론(insurance theory)을 통해 설명할 수 있다는 것이다. 이 이론에 따르면 민주적 정치체제에서 한 정치세력이 영구적으로 정책결정과정을 장악할 수 없기 때문에, 제 정치세력들은 그들이 재집권에 실패했을 때에 집권한 반대당의 독주를 막기 위해 독립적인 사법부에게 사법심사권을 부여하는데 찬성한다는 것이다(Ginsburg 2003, 21-33; Landes and Posner 1975, 875-901; Ramseyer 1994, 721-48; Matthew Stephenson 2003, 59-90). 결국 사법심사권은 그에 대한 복종을 사실상 전제로 하여 사법부에 부여되고, 사법부가 그러한 권한을 적극적으로 사용할 수 있는 조건이 이미 갖추어진 것이 된다(차동욱 2015, 5). 그러나 본 연구는 정치적 동기에 따라 분점정부 상황에서도 사법자제 판결이 나오고 있다는 점

을 보여줌으로써 기존의 분점정부와 사법적극주의 판결의 주장에 대한 반론을 제기하고 있다.

헌법재판소가 내리는 사법자제란 무엇인지 본 연구에서 명확하게 제시하는 것이 중요하다. 사법적극주의와 사법자제에 관한 다양한 논의가 있지만 반응성과 관련해서 생각해본다면 여론과 일치하지 않고 헌법재판소의 독자적인 결론을 내리는 경우를 사법적극주의, 그리고 입법부나 행정부의 입장과 여론이 다르게 나타날 때 헌법재판소가 여론의 방향과 일치하는 결론을 내린 경우를 사법자제라고 볼 수 있다. 이러한 기준을 기각과 인용의 경우와 연결한다면 여론의 방향과 일치하는 경우에는 그 결과가 기각 혹은 인용이든 상관없이 사법자제라고 판단할 수 있다. 그리고 지방자치단체 간의 권한쟁의는 헌법재판소 결정이 다시 반복되거나 다른 통로를 통해 사건이 재발된다면 이를 사법자제라고 판단내릴 수 있다. 왜냐하면 헌법재판소가 지방자치단체 간의 분쟁에 대한 결론을 도출해 주고 이러한 결론이 실질적으로 효과를 발휘한다면, 즉 헌법재판소가 분쟁 해결의 최종적 행위자라면 이는 사법적극주의라고 판단할 수 있다. 그러나 만일 헌법재판소의 결정에도 불구하고 동일한 분쟁이 재발되는 등 별다른 실효성이 나타나지 않는다면 이는 헌법재판소가 명확한 해법을 제시하지 않았다는 점에서 사법자제의 판단을 내렸다고 할 수 있다.

기존 연구에서 검토한 바와 같이 사법자제와 사법적극주의에 관해 학계에서 명확한 개념이 정립되어 있는 것은 아니다. 본 연구는 판결문을 통한 내용 분석과 헌법소송이 제기된 정치상황을 동시에 분석함으로써 헌법재판소 판결 결과에 정치학적 해석을 시도하고 있다. 이러한 해석을 통해 사법자제와 사법적극주의에 관한 개념을 구체화 할 수 있다. 본 연구에서 말하는 사법자제는 판결 결과가 의도적으로 정치과정에 개입하는 것을 자제하는 경우, 그리고 판결 결과가 국민여론을 적극 반영하는 경우로 정의내리고 있다.

헌법재판소가 ‘정치적 사법기관’이라고 한다면, 헌법재판소는 정치과정에서 판결을 통해 여론의 반응을 확인하고, 판결 결과의 사회적 책임을 최소화하면서 제도적 정당성을 극대화시키는 전략적 판단을 하게 될 것

이다. 헌법재판소가 전략적 판단을 한다는 주장에 대해서 반론 역시 상당하다. 헌법재판소가 다루는 사안이 첨예한 이해관계가 점철된 정치적 사건이 많다는 이유만으로 헌법재판소를 정치행위자로 규정하는 것은 논리적 비약에 해당한다. 그러나 한편으로는 헌법재판소는 헌법에 규정된 사항을 충실하게 심판하는 중립적 사법기관이라는 주장 또한 논리적 허점을 보인다. 헌법은 규범적이고 추상적인 내용을 선언하고 있다. 헌법은 다양한 정치적 이해관계자의 타협의 산물이며 국민의 신임을 기반으로 하고 있다는 점에서 헌법재판소가 객관적인 근거로 삼고 있는 헌법 조항이야말로 가장 정치적이라고 볼 수 있기 때문이다. 헌법재판소의 사회적 책임 최소화는 사법자제 판결을 통해 입증될 수 있다. 그러나 사법자제를 사법의 정치화와 연결시키는 것은 엄격히 구분할 필요가 있다. 사법자제 판결을 내린다고 해서 헌법재판소 그 자체의 제도적 기반이 흔들리는 것은 아니다. 헌법재판소는 정치의 사법화로 분류되는 헌법소송 사건들을 다룰 때 제도적 정당성을 확대하고 있지만 헌법소송 사건에 따라서 분쟁 해결을 열망하는 집단(정당 혹은 국회의원)에 소극적으로 반응하기도 하고, 반대로 여론에 적극적으로 반응성을 보이기도 한다. 그리고 전략적으로 입법효과에 대한 책임을 최소화하기도 하지만 사안에 따라 책임성을 확대하는 경우도 있다.

본 연구는 개인의 기본권이나 소수자를 보호하기 위해 제기되는 위헌법률심판 사례 등은 정치적 동기의 유형화 범주에 포함하지 않고 있다. 그 이유는 로젠버그가 서술한 바와 같다. 로젠버그는 개인의 보호와 같은 개별적인 사례들은 전국적인 규모의 정책 변화에 관한 법원의 효과성을 제대로 설명할 수 없다고 보고 있다. 또한 개인의 보호와 같은 사례에서는 역동적인 법원과 환경 제약적 법원의 두 관점 사이에 갈등이 일어나지 않는다고 지적한바 있다(Rosenberg 1991, 5). 본 연구는 정치의 사법화로 분류할 수 있는 헌법소송들에서 소송을 제기하는 원고들이 정치 분쟁을 헌법재판소로 가지고 가게 되는 원인을 그들의 정치적 무능력으로 단정할 수 없다는 점을 강조하고 있다. 여기에서는 헌법소송의 정치적 동기는 다양하지만 헌법재판소는 사법자제 판결을 내림으로써 제도적 정

당성을 극대화하고 동시에 정치적 사안에 따라 반응성과 책임성은 최대화하거나 혹은 최소화하는 전략을 취하고 있다는 점을 주장하고 있다. 이러한 주장을 뒷받침하기 위해 총 11건의 사례를 분석대상으로 제시하고 있다. 이를 심판 유형과 헌법소송의 정치적 동기로 재분류하면 총 다섯 가지의 유형으로 정리된다[표 1-3]. 이 표는 헌법재판소에 접수된 전체 사건 중 처리된 사건을 바탕으로 재구성되었다.³⁸⁾

[표 1-3] 반응성을 적극적으로 실현한 ‘사법자제’ 판결 사례

심판 유형	사례	청구인	헌법소송의 정치적 동기	헌법재판소 최종 결정
탄핵 심판	노무현 탄핵심판	국회	국민여론에 대한 반응성 실현 및 정치적 책임 분산	기각 (대통령직 유지)
	박근혜 탄핵심판	국회		인용 (대통령 파면)
정당 해산 심판	통합진보당 해산	정부	정치국면 전환과 정권의 정통성 도모	위헌 (정당 해산, 국회의원직 박탈)
권한 쟁의 심판	국회의장과 국회의원 간의 권한쟁의	국회 의원	▶ 국회 내 다수제의 원리 공고화, 다수결 정당성 획득 ▶ 상대적 소외 집단이 국회 절차를 통해 문제 제기할 통로가 막힌 경우	절차상 위법 확인, 법률 효력 유효 (다수제원리 정당성 부여) 각하 (국회의 입법책임성 강조)

38) 헌법재판소(<https://www.ccourt.go.kr>) 헌법재판 사건통계. 본 장의 뒷부분에 첨부되어 있는 [표 1-4], [표 1-5] 참고.

헌법 소원 심판	공직선거법 개정안 (선거구 획정안)	국회의원 및 선거구 지역에 주민등록을 마친 선거권자	상대적 소외 집단이 국회 절차를 통해 문제 제기할 통로가 차단된 경우	위헌 헌법불합치 (선거구 획정 기준 제시, 선거구 재개편)
	부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률	한국기자협회 대한변호사협회 대한변협신문 언론인 사립유치원장 대학고등학교 ·유치원 교육종사자	국회 절차를 통해 문제 제기할 통로가 차단된 경우	각하·기각 (‘김영란법’ 시행)
	신행정수도 의 건설을 위한 특별조치법	서울시 공무원 및 서울시의회의원 국민 개인	다수결 원리로 통과된 법률과 국민여론이 반대 의견을 보이는 경우	위헌 (서울 수도 유지, 관습헌법 논란)

두 차례의 탄핵심판은 각각 다른 결정이 나왔지만 국민여론에 대한 반응성을 실현하고 정치적 책임을 분산하기 위해서 헌법소송이 제기되었다.

통합진보당 해산 사건은 정치국면 전환과 정권의 정통성 확보 차원에서 소송이 제기되었으며, 헌법재판소는 국민여론보다는 정부에 적극적으로 반응을 보인 것으로 풀이된다.

국회의장과 국회의원 간의 권한쟁의는 크게 두 부분으로 구분된다. 국회선진화법은 국회 내 협상 절차의 미비로 인해 헌법소송이 제기된 사건이었으며, 헌법재판소는 본안심리를 거부하는 각하 결정을 내림으로써 사법자제 판결을 내렸다. 한편, 한미 FTA 동의안 상임위원회 상정과 관련한 권한쟁의 사건, 본회의 반대토론 절차상의 하자에 관한 권한쟁의 사건, 미

디어법 사건과 관련한 권한쟁의 사건은 절차상의 하자는 발견되지만, 그 입법 효력은 여전히 유효하다는 결론을 내림으로써 국회 다수결 원리의 법적 정당성을 확인해 주었다. 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의사건에서 절차상의 하자와 입법 효력을 분리시키고 있는 헌법재판소의 결정은 사법자제의 전형적인 유형으로 볼 수 있다. 즉, 헌법재판소가 헌법 해석이라는 본연의 임무는 수행하지만, 그 이후의 정치적·입법적 변화에 대한 책임은 최소화 시킨다는 점에서 사법자제로 해석할 수 있다.

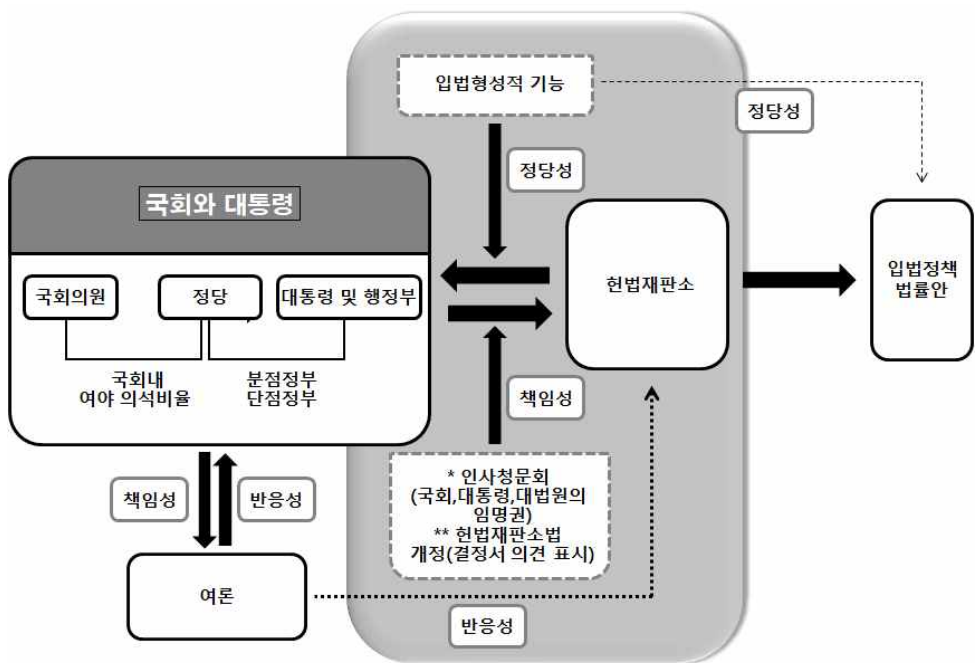
헌법소원심판은 크게 세 가지 소송을 살펴보고 있다. 그러나 각각의 헌법소송 이유는 상이하다. 선거구 획정안이 주요 골자였던 공직선거법 개정안은 국회 내 절차상의 하자로 인해 문제 제기할 통로가 차단되었기 때문에 헌법소송이 진행되었다. 헌법재판소는 선거구 획정안 기준을 변경하는 판결을 내렸는데, 이러한 결정에 대해서 사법적극주의적 판결로 해석할 수도 있지만, 본 연구는 이를 사법자제 판결로 보고 있다. 왜냐하면 이미 국회에서 정치개혁특별위원회를 구성하고 여·야간의 의견이 교환되고 있었을 뿐만 아니라 여·야 대표간의 협의를 통해 상당 정도 관련 논의가 진행된 상태에서 헌법재판소는 이러한 분위기를 반영하여 최종적으로 헌법적 가치를 부여하는 역할을 한 것으로 보기 때문이다. 부정청탁금지법은 특정 이해관계자가 국회에서 문제 제기할 통로가 차단되었기 때문에 소송이 제기되었다. 헌법재판소는 이 법안이 합헌이라는 점을 확인함으로써 법이 시행될 수 있는 법적·정치적 기반을 마련해 주었다. 이는 당시 이 법의 시행을 찬성하는 국민여론의 분위기를 반영한 것으로 사법자제 판결로 볼 수 있다. 신행정수도 이전 문제는 다수결 원리로 통과된 법률이 개인의 기본권을 침해한다는 이유로 소송이 제기된 사건이었다. 그리고 결과적으로 지방자치단체장의 정치적 입지를 강화하는 정치적 효과가 나타났다. 헌법재판소는 신행정수도이전법을 위헌으로 판결했는데, 이러한 결정을 두고 헌법재판소가 국회의 결정에 정면으로 도전하고 민주주의를 위기에 빠뜨렸다는 비판이 강하게 제기되었다. 그러나 위헌 결정이 있은 후 국회는 이 법안을 관철시켜 결국 행정수도 이전 사업은 당초 취지대로 진행되었다. 당시 위헌 결정의 주요 요지는 개인의 기본권을 보호하기 위한 취지에서 수

도 이전과 관련한 국민투표 절차에 대해서 위헌을 확인했다는 점에서 사법자제 판결로 해석할 수 있다.

2. 연구 분석틀

본 연구가 제시하고 있는 분석틀은 크게 두 가지이다. 첫 번째는 국회와 헌법재판소 전체를 종합적으로 보여주는 연구 분석틀이다. 두 번째는 본 연구에서 핵심적으로 제시하고 있는 헌법소송의 정치적 동기 유형화와 반응성과 정당성 그리고 책임성의 관계를 도식화한 분석틀이다. 먼저 본 연구의 종합적인 연구 분석틀을 제시하면 [그림 1-1]과 같다.

[그림 1-1] 연구 분석틀



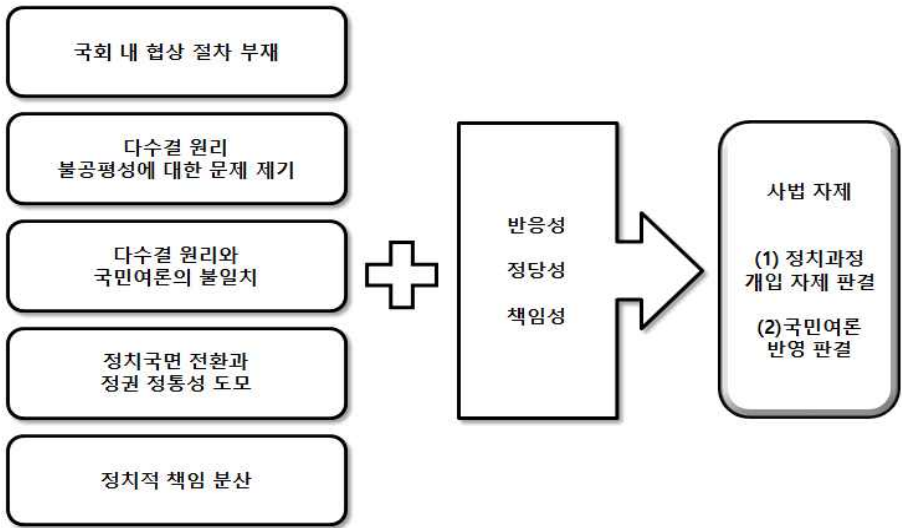
이 그림에서 중간에 세로로 긴 회색 부분이 본 연구의 논의 시작 지점

이다. 이 지점에는 국회가 헌법재판소에 사건을 의뢰한 과정이 핵심적으로 포함되어 있다. 헌법재판소는 인사청문회를 통해 헌법재판소장 및 헌법재판관으로 임명되기 위해서 국회로부터 책임성을 부여받고, 임명 이후에는 판결문에 의견 표시를 통해 재차 책임성을 부여받고 있다. 여론과 국회 내의 정당 재편상황과 대통령과의 관계를 통해 직·간접적인 반응성을, 그리고 입법형성적 기능을 통해 정당성을 획득한다. 이러한 일련의 과정을 전체적으로 조망하고 있는 것이 첫 번째 연구 분석틀이다.

가운데(세로) 회색 부분에 해당하는 영역에서 말하는 책임성은 인적 정당성과 연결된다. 즉 국회의 추천, 대통령의 임명, 그리고 대법원의 지명 등의 절차를 통해 헌법재판소는 간접적으로 국민에 대한 책임성을 구현하고 있다. 그리고 반응성은 헌법재판소가 국민여론에 반응하는 방식과, 임명권을 행사한 국회와 대통령(정부)에 대한 반응으로 구분될 수 있다.

첫 번째 연구틀이 전체적인 정치과정을 보여주고 있다면, 두 번째 연구 분석틀은 본 연구가 제시하고 있는 개념들을 조직화하고 이를 보다 단순화시켜서 보여주고 있다[그림1-2].

[그림 1-2] 정치적 동기 유형화에 따른 분석틀



헌법재판소가 개인의 기본권을 보호하기 위해 헌법적 해석 권한을 확대하고 있다는 데에는 이견이 없다. 다만 헌법재판소가 정치적 사법기관이라는 전제하에, 정치 분쟁과 관련한 소송에서는 적극적 사법심사를 통해 정치행위자의 입지를 공고히 하고 있다는 주장에 대해서는 재고의 여지가 있다고 본다. 즉 헌법재판소가 사법적극주의적 판결을 내림으로써 국회가 해결하지 못한 문제를 해결하고 있다는 주장에 대해서 반론을 제기하고 이를 논증하는 것이 본 연구의 주요한 목적이다.

이러한 접근은 첫째, 국회의 문제 해결 능력을 경시하는 전제조건이 잘못되었다는 점을 의미하며, 둘째, 헌법재판소가 정치 분쟁과 관련한 문제를 적극적으로 해결하지 못하는 상황이 있다는 것을 의미한다. 이러한 반론을 풀어나기 위해 본 연구는 헌법소송의 사례를 정치적 동기별로 유형화하고 대의정치의 주요 개념인 반응성과 책임성 그리고 정당성이 정치적 동기와 어떻게 결합되는지 분석하고 있다. 본 연구는 정치의 사법화 사례로 분류할 수 있는 헌법소송 사건들의 청구인을 분류하고 해당 사건이 제기된 정치적 배경을 동시에 살펴본 결과를 토대로 정치적 동기의 유형화를 제안하고 있다. 다섯 가지 유형의 정치적 이유들로 제기된 헌법소송 사건의 경우 헌법재판소는 사법자제 판단을 내리고 있다. 여기에서 강조하는 것은 헌법재판소가 모든 사건이 아닌 정치적 동기 유형화 사례의 경우에 사법자제 판결을 내린다는 점이다. 헌법재판소가 정치 분쟁과 관련한 헌법소송에서 사법자제 판단을 한다는 것은 제도적 정당성을 확대하면서 정치적 사안에 따라 반응성과 책임성은 최소화하거나 혹은 최대화하는 전략적 행위자라는 점을 의미한다.

IV. 논문의 구성

본 논문은 헌법소송의 정치적 동기 유형화를 제시하고 이를 반응성과 책임성 그리고 정당성의 정치학적 개념과 연결시켜 분석한 후 헌법재판소가 사법자제 성향을 보이고 있다는 점을 주장하고 있다. 분점정부 상황에서 헌법재판소의 재량 범위가 넓어지면서 사법적극주의 성향을 보이

고 있다는 주장이 일반적인데, 본 연구는 분점정부 상황에서도 사법자제 성향을 보이고 있다는 것을 판결 사례를 통해 밝힘으로써 기존의 사법적 극주의 논의에 반론을 제기하고 있다.

이를 위해 본 논문은 헌법소송의 정치적 동기 유형별로 판결 사례를 구성하고 있다. 제2장은 국회 내부의 협상 절차상의 하자로 인해 발생한 사건을 분석하고 있다. 구체적인 사례는 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」 위헌 소송 사건, 「국회법 개정안」을 둘러싼 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 사건, 그리고 선거구 획정안을 둘러싼 「공직선거법 개정안」 등이 제시되고 있다.

제3장은 국회 내에서 다수결 원리의 불공평성에 대한 문제를 제기하기 위한 헌법소송의 유형을 분석하고 있다. 이 유형에 해당하는 사례는 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 사건이 주를 이루는데, 그 중 4건의 인용 결정된 사건을 분석 대상으로 한다. 이들 사례에는 국회의원이 헌법소송의 당사자가 될 수 있다는 판결, 한미FTA 상임위원회 상정 사건, 본회의 반대토론 절차상의 하자 사건, 그리고 미디어법 사건 등이 해당된다.

제4장은 다수결 원리에 의해서 통과된 법률이 국민여론과 반대되는 경우에 침해된 기본권을 보호하기 위한 이유로 헌법소송이 제기될 수 있는 유형을 살펴보고 있다. 대표적으로 「신행정수도 건설을 위한 특별조치법」 위헌 사례가 분석대상이 되고 있다. 본 연구는 신행정수도법 위헌 결정을 통해 지방자치단체장의 정치적 입지가 강화되는 정치적 효과가 나타난 것으로 보고 있다.

제5장은 정치국면 전환과 정권의 정통성을 도모하기 위해 제기된 헌법소송 유형을 분석하고 있다. 이 유형의 대표적인 사례는 통합진보당 해산 결정 판결이다.

제6장은 정치적 책임을 분산하고 경감하기 위해 헌법소송을 제기한 유형을 제시하고 있다. 이러한 유형의 대표적인 사례는 두 차례의 탄핵심판 사건이다.

마지막으로 결론 부분에서는 본 연구를 요약하고 그 이론적·실천적 함

의를 제시하고 있다. 헌법소송은 국회 내부의 절차상의 하자, 다수결의 정당성 확보, 다수결 원리와 국민여론의 불일치, 정치국면 전환과 정권의 정통성 도모, 그리고 정치적 책임을 분산하기 위한 정치적인 동기 등의 이유로 제기된다. 헌법재판소는 사법심사를 제도적으로 보장 받은 헌법 해석권한의 최종책임자이다. 헌법해석권한은 입법자에 대한 통제와 연결되는 문제이기도 하다. 헌법재판소는 헌법에서 입법형성권의 한계를 유출해 냄으로써 입법자의 정치적 형성의 헌법적 한계를 제시하고 있다. 그러나 헌법재판소가 다섯 가지 정치적 동기들로 유형화된 사건을 판단할 때에는 공통적으로 사법자제 판결을 내림으로써 제도적 정당성을 확대하고 있다. 그러나 각 사례별로 반응성과 책임성에 대한 해석은 다르게 나타나고 있다. 국회 내 협상절차의 부재로 문제제기할 통로가 차단된 경우에 헌법소송을 제기하는 동기는 비슷하지만 각각의 사례에 따라 반응성과 책임성에 대한 해석은 다르게 나타난다. 청탁금지법은 반응성을 확대한 사례이며, 국회선진화법은 책임성을 최소화하고 있는 반면, 공직선거법은 책임성을 확대하고 있는 판결로 볼 수 있다. 한편 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의심판으로 제기된 헌법소송은 헌법재판소가 정치과정에 개입하지 않는다는 원칙을 유지하는 판결을 내리고 있기 때문에 반응성 요소가 판결에 미치는 영향은 크지 않음을 알 수 있다.

한편 다수결 원리와 여론이 불일치하면서 개인의 침해된 권리를 구제하기 위해 헌법소송이 제기되는 경우, 헌법재판소는 여론에 대한 반응성을 극대화했고, 동시에 국회 다수결의 결정을 위헌 선언함으로써 책임성을 강화한 것으로 볼 수 있다. 정치국면 전환과 정권의 정통성을 도모하기 위한 통합진보당 해산 사건과 정치적 책임을 분산하기 위해 제기된 두 차례의 탄핵심판 사건을 심사할 때, 헌법재판소는 각각 정부의 의지 및 여론의 방향과 일치하는 사법자제 판결을 내림으로써 결과의 책임성 부담을 줄이는 대신 반응성과 제도적 정당성을 극대화시키는 전략적 행위자로 기능하고 있음을 확인할 수 있다.

[표 1-4] 헌법재판소 연도별 접수 현황³⁹⁾

(1988.09.01 ~ 2017.12.31)

구분	위헌법률	탄핵	정당해산	권한쟁의	헌법소원	헌법소원	계
					§68①	§68②	
1988	13				25	1	39
1989	142				268	15	425
1990	71			1	230	60	362
1991	9				233	22	264
1992	24			1	313	54	392
1993	17				301	67	385
1994	10			1	286	50	347
1995	17				395	64	476
1996	23			2	431	96	552
1997	15				433	90	538
1998	18			4	528	107	657
1999	18			2	784	120	924
2000	12			3	857	96	968
2001	31			1	926	102	1,060
2002	28			2	869	107	1,006
2003	24			3	1,018	118	1,163
2004	31	1		3	1,078	101	1,214
2005	23			11	1,319	115	1,468
2006	17			7	1,562	119	1,705
2007	24			5	1,596	146	1,771
2008	28			8	916	180	1,132
2009	36			12	975	464	1,487
2010	99			6	1,035	580	1,720

39) 헌법재판소(<https://www.ccourt.go.kr>) 헌법재판 사건통계

2011	42			3	1,047	474	1,566
2012	22			4	1,183	502	1,711
2013	28		1	3	982	466	1,480
2014	26			1	1,440	502	1,969
2015	37		1	8	1,325	488	1,859
2016	20	1		9	1,379	542	1,951
2017	35			2	1,987	602	2,626
합계	940	2	2	102	25,721	6,450	33,217

[표 1-5] 헌법재판소 사건처리 현황

(1988.09.01 ~ 2017.12.31)

구분		접수	처리										미제	
			위헌	헌법불합치	한정위헌	한정합헌	인용	합헌	기각	각하	기타	취하		계
위헌법률		940	274	59	18	7		330		69		123	880	60
탄핵		2					1		1				2	
정당해산		2					1			1			2	
권한쟁의		102					17		20	36		16	89	13
헌법소원	§68 ①	25,721	104	59	20		625	4	7,270	16,476 (14,961)	8	645	25,211	510
	§68 ②	6,450	202	71	32	21		2,097		3,568 (3,234)	2	118	6,111	339
	계	32,171	306	130	52	21	625	2,101	7,270	20,044 (18,195)	10	763	31,322	849
합계		33,217	580	189	70	28	644	2,431	7,291	20,150 (18,195)	10	902	32,295	922

※ 주: 지정재판부의 처리건수는()안에 기재하고 본란의 숫자에 합산표시.

정당해산심판사건 2건 중 1건은 재심사건.

제2장 [헌법소송 유형 1]

국회 내 협상 절차 부재로 제기된 사건

I. 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」 합헌 결정

「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」(이하 청탁금지법)은 공직자의 부정부패 관행을 근절하고 개혁하기 위한 취지에서 도입되었다.¹⁾ 청탁금지법 위헌 소송은 국회 내 협상 절차에서 문제를 제기할 통

1) 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」 발의 및 시행 경과

연도		주요 내용
2012	8.16	국민권익위원회, 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」 제정안 발표
2013	7.3	국무총리 중재안 발표, 직무관련 금품수수 형사처벌 조항 추가
	7.29	청탁금지법 수정 정부입법안 국무회의 통과, 국회 제출
2014	6.2	박근혜 前 대통령, 국회의장에 청탁금지법 처리 강조
2015	1.7	정무위원회, 제재 대상에 사립학교 및 언론사 포함
	1.8	정무위원회 법안소위원회 통과
	1.12	정무위원회 통과
	2.5	법제사법위원회 상정/제안설명/검토보고
	3.2	법제사법위원회 상정
	3.3	법제사법위원회 의결(수정가결)
	3.3	국회 본회의 상정 및 통과
	3.27	청탁금지법 공포(공포번호 13278)
2016	5.9	국민권익위원회, 청탁금지법 시행령 제정안 발표
	7.22	시행령 규제개혁위원회 심사 통과 국민권익위원회 청탁금지법 해설서 공개
	7.28	헌법재판소, 헌법소원 4건 각하·기각 결정
2017	11.27	국민권익위원회 전원위원회, 청탁금지법이 허용하는 음식물·선물·경조사비 상한액 '3·5(농축수산물 10)·5만원' 수정안 부결
	12.11	국민권익위원회 전원위원회, '3·5(농축수산물·농축수산 가공품에 한해 10)·5(화환·조화 제공시 10)만원'으로 상향 조정하는 시행령 수정안 가결

로가 막힌 경우에 헌법소송을 제기하는 정치적 유형의 대표적인 사례에 해당한다. 헌법재판소의 합헌 판단은 국회의 입법적 판단을 합법적으로 인정했을 뿐만 아니라 국민여론을 활용했다는 점에서 사법자제 판결로 해석할 수 있다. 청탁금지법은 여론의 지지를 바탕으로 사법자제 판결을 내려진 대표적인 사례이다.

청탁금지법을 제정하는 과정에서 최대 쟁점은 그 제재 대상의 범주를 설정하는 문제에 있었다. 당초 제정안이 처음 도입되었을 때 제재 대상은 공직자만을 포함하고 있었으나, 국회 논의과정에서 그 대상이 언론사와 사립학교 임직원까지 범위가 확대되었다. 제재 대상의 범위는 국회 정부위원회 소위원회 논의과정에서 포함되었는데, 이 과정에서 언론사와 사립학교 관계자는 국회 협상 절차를 통해 문제를 제기할 수 있는 방법이 부재했다. 국회 상임위원회 소위원회는 대개 소위원회 소속 의원들과 정부부처 관계자들이 법안 문구 등을 조정하는 폐쇄적인 회의체이자 상임위원회 전체회의를 개최하기 전 절차상 열리는 사전협의체이다. 따라서 이 법의 직접적 관계자인 언론사와 사립학교 관계자는 협상 절차에서 배제되어 있었다. 언론사는 기사를 보도하면서 직·간접적으로 법의 명확성과 평등권 등의 기본권 침해를 주장했지만, 사립학교 관계자는 국회 협상 과정에서 관련법의 문제점을 제기할 통로가 막혀 있는 상황이었다.

청탁금지법이 국회에서 통과된 후 그 제재 대상이 된 언론사와 사립학교 관계자는 개인의 행동자유권과 평등권 등을 침해한다는 이유로 헌법소원심판²⁾을 제기하였다. 헌법재판소는 이들이 제기한 헌법소송에 대하여 각하 및 기각 결정을 내림으로써 청탁금지법 시행에 합법적 법리를 제공해 주었다. 헌법재판소가 내린 결정의 중요한 근거는 청탁금지법이 조속한 시일 내에 시행되기를 원하는 국민여론에 있었다. 헌법재판소는 판결문에 ‘여론조사결과’라는 단어를 직접적으로 적시했고, 본회의에서 90%가 넘는 압도적 지지로 통과된 것은 국민의사가 적극적으로 반영된

2) 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 경우 청구할 수 있다(헌법재판소법 제68조 제1항). 헌법소원심판은 공권력의 작위·부작위가 개인의 기본권을 침해하는지 여부를 판단하는데 목적이 있다.

것으로 해석하고 있을 뿐만 아니라, 이를 바탕으로 판결을 내렸다고 인정하고 있다.³⁾ 헌법재판소는 헌법소송이 청구된 구체적 이유들에 대해서 헌법에 위반되지 않으며, 청탁금지대상의 적용은 입법재량이 인정되는 영역이라고 판단했다. 이러한 헌법재판소의 판단은 국회의 결정과 국민여론을 반영했다는 점에서 사법자제 판결로 볼 수 있다. 그리고 그 법리 해석을 보면 국회의 입법재량을 강조하면서 헌법재판소의 책임성 부담은 덜어내는 대신, 법리 해석을 통해 헌법재판소의 반응성과 제도적 정당성을 강화하고 있다는 것을 알 수 있다.

1. 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」

사건의 헌법소송 발단 및 쟁점사항

청탁금지법은 공직자등의 공정한 직무수행을 저해하는 부정청탁 관행을 근절하기 위하여 부정청탁행위 자체를 금지하는 한편 공직자등의 금품등 수수행위를 직무관련성이나 대가성이 없는 경우에도 제재할 수 있도록 하고 있다. 이 법안이 국회에서 발의된 것은 그 동안 관련 법률이 실질적으로 문제를 해결하지 못했다는 문제의식에서 비롯되었다. 그리고 국회에서 청탁금지법이 논의되는 과정에서 세월호 참사가 일어나자 공공부문뿐만 아니라 민간부문의 부패도 이와 같은 비극의 한 원인으로 지목되었다. 이에 국회는 국민여론을 의식해 청탁금지법 적용대상에 민간부문 중 사립학교 관계자와 언론인을 포함시키고 2015년 3월 3일 동 법안을 국회 본회의에서 통과시켰다.

부패 문제를 해결하기 위하여 형법 등 전통적 형사법률 이외에 ‘부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률’, ‘공직자윤리법’, ‘공무원 행동강령’ 등 여러 법령이 시행되었다. 그러나 이런 법령은 적용대상이 제한적이거나 구속력이 없는 선언적 규정인 경우가 많아 그 실효성에 한계가 있었다. 이에 국민권익위원회가 2011년경부터 기존의 부패방지

3) 현재 2016. 7. 28. 2015헌마236 등, 판례집 28-2상, 157.

관련 법령의 한계를 보완하는 종합적 통제장치로 청탁금지법의 제정을 추진하게 되었다. 국민권익위원회가 마련하여 2013. 8. 5. 국회에 제출된 정부법안은 적용대상을 공직자에 한정하고 있었다. 국회의 법안 심의 도중 2014. 4. 16. 세월호 참사가 발생했고 공직사회의 부조리와 공공부문은 물론 민간부문에도 전반적으로 만연해 있는 부정부패가 참사의 원인 중 하나로 지목되었다. 이에 따라 법안 심의가 신속하게 진행되면서 법 적용대상에 사립학교 관계자와 언론인을 포함시키는 등 여러 내용을 바꾼 수정안이 마련되었다. 정부위원회안으로 제안된 청탁금지법안은 국회 본회의에서 90%가 넘는 압도적 지지로 통과되었다⁴⁾(재석의원 247명 중 찬성 226명, 반대 4명, 기권 17명으로 가결).

이 사건이 헌법재판소의 판단 대상이 되었던 것은 청탁금지법이 통과된 지 5일 만인 2015년 3월 8일, (사)한국기자협회와 대한변호사협회, 그리고 대한변협신문 등이 부정청탁금지법을 헌법소원심판 사건으로 청구한 데서 비롯되었다(2015헌마236). 그리고 청탁금지법 제재 대상에 포함된 사립유치원장과 사립학교 관계자들 역시 헌법소원을 제기하였다(2015헌마412·662·673).

이 법의 주요 쟁점사항은 청탁금지법의 적용 대상을 정의하는 조항의 위헌 여부를 판단하는 것이었다. 법 적용대상에 공직자가 아닌 언론인과 사립학교 임직원을 공직자와 같은 각종 의무를 부과하고 제재하는 것이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부와 그 정의조항에 사립유치원장을 포함하는 것이 사립유치원장의 평등권을 침해한다는 것이 청구인들이 제기하는 헌법소송의 주요한 이유였다. 또한 부정청탁의 개념과 유형을 규정한 조항과 그 예외사유를 규정한 조항, 배우자 금품수수 신고의무와 제재조항, 그리고 처벌기준을 시행령에 위임한 조항 등이 주요 쟁점 대상이 되었다.

청구인들의 위와 같은 위헌 소송에 대해서 헌법재판소는 각 조항 별로 위헌요소가 없음을 확인하고 해당 사건을 각하 및 기각 결정을 내림으로써 청탁금지법이 시행될 수 있는 합법적 논리를 제공하였다. 각하 결정

4) 현재 2016. 7. 28. 2015헌마236 등, 판례집 28-2상, 156-157.

이란 당사자의 소송(절차)상의 신청에 대해 부적법을 이유로 본안심리를 거절하는 것이다. 헌법재판소는 사단법인 한국기자협회는 구성원을 위하여 또는 구성원을 대신하여 헌법소원심판을 청구할 수 없으며(헌재 2007. 7. 26. 2003헌마377), 따라서 기본권 침해의 자기관련성을 인정할 수 없어 부적법하다⁵⁾는 이유로 각하 결정을 내렸다.

한편 사립유치원장과 대학교·고등학교·유치원 등에 종사하는 교육인들이 제기한 법 적용대상 조항에 대해 헌법재판소는 “언론인 및 사립학교 관계자를 ‘공직자 등’에 포함시킨 것은 이들의 기본권을 침해하지 않는다.”며 7대 2로 합헌 결정을 내렸다(2016. 7. 28. 2015헌마236·412·662·673(병합)).⁶⁾ 헌법재판소는 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성, 권한 침해의 최소성, 법익의 균형성, 위임조항의 기본권 침해의 최소화 등에서 헌법을 위배하지 않았다고 판단했다. 한편, 김창중 재판관과 조용호 재판관은 청탁금지법상 처벌조항의 인적 대상범위를 직접 규정함으로써 형벌조항의 중요한 구성요건을 이루고 있으므로 기본권 침해의 직접성이 인정된다⁷⁾며 반대의견을 제시했다. 헌법재판소의 합헌 결정으로 주요 쟁점이 되었던 언론인과 사립교원을 포함한 관계자 등이 포함된 청탁금지법은 2016년 9월 28일⁸⁾부터 시행되어 지금에 이르고 있다.

5) 헌재 2016. 7. 28. 2015헌마236 등, 판례집 28-2상, 156.

6) 헌법재판소 결정 이후 헌법적 쟁점에 관한 논문이 다수 발표되었다. 김민우. 2016. “부정청탁금지법의 헌법적 쟁점을 둘러싼 헌법재판소 판결의 문제점.” 『헌법학연구』 22(4). 159-191; 김정현. 2016. ““부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률”의 문제점과 발전방향에 관한 연구.” 『헌법학연구』 22(2). 249-283; 박진우. 2015. “「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」의 위헌성에 관한 고찰.” 『세계헌법연구』 21(1). 133-163; 서보학. 2015. “「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」에 대한 형사법적 검토.” 『입법학연구』 12(1). 25-49; 송기춘. 2015. “「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」의 법적 문제점과 개선방향.” 『세계헌법연구』 21(3). 39-69; 이부하. 2015. “부정청탁금지법의 위헌성 검토.” 『법과 정책연구』 15(3). 1003-1026; 임종훈. 2015. “「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」(소위 김영란법)의 헌법적 쟁점에 대한 고찰.” 『법조』 64(9). 112-168.; 성중탁. 2017. “부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률의 문제점과 개선방안.” 『저스티스』 160. 106-133.

7) 헌재 2016. 7. 28. 2015헌마236 등, 판례집 28-2상, 156.

8) 청탁금지법은 2015년 3월 27일에 공포되었지만, 부칙 제1조에 공포 후 1년 6

2. 반응성 분석

반응성에 관한 분석은 국회 입법과정에서 여론조사 결과가 어떠한 영향을 주었는지에 초점을 두고 있다. 당시 세월호 사건이 발생하면서 공직자 부패를 척결하는 것이 정치권의 최대 쟁점이 되었다. 거세지는 국민 여론 속에서 청탁금지법은 여·야 간의 법리상 이견이 존재함에도 불구하고 국회에서 신속하게 처리되었다. 이 과정에서 법의 명확성에 흠결이 발견되었지만 법제사법위원회(이하 법사위)는 국민여론에 이끌려 법을 통과시켰다.

헌법재판소는 법리적 쟁점사항에 대해 명확성 원칙에 위배되지 않는다고 결정하고, 국민여론을 판단의 근거로 활용했다. 헌법재판소는 제재 대상의 범주 설정과 관련한 국회의 입법재량권을 인정하고 헌법적 해석을 부여함으로써 청탁금지법 실행에 동력을 부여했다.

(1) 국민여론과 입법 관계

① 언론 보도 경향⁹⁾ 및 여론조사 추이

청탁금지법 제정안이 발표되고 국회에서 논의과정을 거치면서 언론인과 사립학교 관계자가 제재 대상에 포함되자 언론은 청탁금지법을 강하게 비판했다. 법 자체가 공직자 외에 언론인과 사립학교 교원까지 적용 대상에 포함시킨 데다 ‘이해충돌 방지’ 부분이 빠졌고, 국회의원 등의 제안이나 건의를 부정청탁 범주에서 제외한 것도 입법취지에 어긋난다는 것이 비판의 이유였다. 민간 언론인과 모든 사립 교원을 청탁금지법에 포

개월이 경과한 후 시행하기로 되어 있다.

9) 검색어 “부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률” 입력, 조선일보·중앙일보·동아일보·한겨레신문·경향신문 지면기사 중 관련기사 총 187건의 기사 및 사설 논조를 분석하고 있다(검색기간: 2012.8.16.~2016.7.28.).

함시킨 것은 명백히 위헌이며, 헌법이 보장하는 민간 영역의 자율성에 대한 과도한 침해가 될 뿐 아니라 민간의 특정 영역을 따로 떼어내 다른 민간 영역과 달리 취급하는 것으로 평등 원칙에도 위반된다는 것이다(동아일보 2015.3.3). 그리고 적용 대상에 언론인이 포함된 데 대해 언론계와 대한변호사협회는 ‘언론 자율성을 침해하는 수단으로 악용될 수 있다’는 의견을 제시했다.

언론은 직무 관련성이 없더라도 금품 수수와 부정청탁을 엄금한 이 법안의 적용 대상에 여·야는 공무원, 공직 유관 단체와 공기업 직원은 물론이고 사립학교·학교법인 이사장과 교직원, 언론사 임직원까지 ‘물타기’ 하듯 끼워 넣은 반면, 선출직 공직자와 정당이 공익을 목적으로 하는 민원은 부정청탁 범위에서 제외함으로써 자신들이 빠져나갈 구멍까지 만들어 놓았다고 비판했다. 그리고 제20대 국회의원 선거를 의식하고 국민앞에선 부정부패에 단호한 척하면서도 국회의원의 기득권은 여전히 유지되고 있다고 비판했다. 언론은 1년 반이나 유예 기간을 뒤 제19대 임기가 끝난 뒤인 20대 국회부터 적용되도록 했다는 점도 국회가 자신의 기득권을 챙기는 행태라고 지적했다.¹⁰⁾

한편 여론조사는 언론의 비판적 시각과는 반대의 흐름을 보여주었다. 법 적용 대상이 지나치게 포괄적이고 정당한 민원까지 위축시킬 소지가 있으며 수사기관에 과도한 재량권이 주어지는 등 과잉입법 논란이 끊이지 않았음에도 불구하고 청탁금지법은 큰 틀에서 시행되어야 한다는 의견이 지배적이었다. 청탁금지법에 대한 여론조사 결과 70.6%가 ‘청탁금지법의 취지에 공감한다’고 답했으며 ‘공감하지 않는다’는 응답은 8.3%였다. 조사 결과에 따르면 ‘법 적용 대상이 최대 2000만 명에 달해 너무 포괄적이지 않느냐’는 질문에 60% 이상은 ‘적용대상을 확대하는 것이 바람직하다’고 답변했다.¹¹⁾ 그리고 청탁금지법의 적용 범위에 언론종사자와 사립학교 교원이 포함되어야 하는 질문에 ‘포함해야 한다’는 의견은 68.4%로 ‘과도한 법적용’이라며 부정적으로 응답한 비율은 16%로 나타

10) 동아일보 2015.3.4., “어린이집 CCTV 막고 김영란法 물타기 한 ‘간 큰 국회’”

11) 2015년1월 실시, JTBC·리얼미터, 전국 성인남녀 1000명 대상, 표본오차 95% 신뢰 수준 $\pm 3.1\%$

났다. (한국사회여론연구소, 2015.2.26.).

청탁금지법이 국회를 통과한 이후 실시한 여론조사에서도 국민 대다수는 긍정적인 평가를 했다. 청탁금지법의 국회 통과에 대해 국민 64%가 ‘잘했다’라고 평가했고, ‘잘못했다’는 의견은 7.3%에 불과했다. 법 적용 대상을 사립학교 교직원과 언론인으로 넓힌 데 대해서 ‘바람직하다’는 의견은 69.8%, ‘바람직하지 않다’는 응답은 12.0%로 나왔다.¹²⁾

2014년 4월 세월호 사건 이후 부정부패 척결은 지상 최대의 과제가 되었다. 언론의 비판에도 불구하고 국민여론은 청탁금지법을 통해 사회에 만연한 부정부패의 고리를 끊어야 한다는데 공감을 했다. 당시 세월호 사건을 제대로 대응하지 못한 박근혜 정부는 청탁금지법을 통과시키면서 떨어진 지지율을 회복하는 등 정치적 해결의 실마리를 찾고자 했다. 당시 새누리당이 국회 의석의 과반수를 차지하고 있는 단점정부를 구성하고 있었기 때문에 정부안으로 제정된 동 법안의 국회 본회의 통과는 쉽게 이루어질 수 있었다. 그리고 당시 국민여론을 보면 청탁금지법에 반대할 수 있는 상황이 아니었다. 이러한 상황인식은 본회의 투표결과를 통해 확인할 수 있다. 그러나 국회는 국민여론에 민감하게 반응한 결과 이해관계자의 의견을 충분히 수렴할 수 있는 시간을 확보하지 못했다. 그 결과 청탁금지법의 입법 취지와는 별개로 제재 대상에 포함되는 당사자의 행동자유권과 평등권의 침해라는 위헌적 요소가 발견되는 문제점을 드러내고 있다.

② 국민여론 반영의 모순

청탁금지법이 소속 상임위원회인 정무위원회에서 논의될 때, 법안의 신속한 해결을 원하는 국민여론을 의식한 나머지 그 제재 대상의 범주를 설정하는 문제가 첨예한 안건임에도 불구하고 즉흥적이고 폐쇄적으로 합의되었다. 당시 사립학교와 언론기관으로 제재 대상을 확대하는 문제는

12) 2015.3.3., JTBC·리얼미터, 전국 19세 이상 성인 남녀 500명 대상, 표본오차 95% 신뢰수준 $\pm 4.4\%p$

정무위 소속 의원들과 국민권익위원장의 합의로 이루어졌다. 이 과정에서 사립학교 관계자는 의견을 개진할 기회조차 가지지 못했다. 이는 국회 절차상 이해관계자가 문제를 제기할 수 있는 통로가 막혀 있다는 것을 의미한다.

정무위원회 법안소위원회에서 김기식 의원은 “사립학교하고 언론기관은 나눠야 됩니다. 예를 들어서 언론기관에 대해서는 저는 일부 수용할 수 있다고 생각하는데 사립학교와 국·공립학교는 사실상 본질적으로 하등 차이가 없어요. 그런 점에서 사립학교에 대해서는 똑같이 적용하고 언론기관만 저는 이렇게 줄이시면 된다고 봅니다. 왜냐하면 사립학교는 국가 예산이 투입되는 데 아닙니까? 언론사는 예산이 투입되지 않기 때문에 그거를 다 같이 보시면 안 돼요. 그리고 국·공립학교에서 이루어지는 행위하고 사립학교에서 이루어지는 행위 간에 무슨 차이가 있어요, 다 같지? 그러나 언론기관은 거기가 무슨 계약행위를 하거나 이런 거에 직접적 이해관계가 있는 게 아니기 때문에……”¹³⁾라면서 언론기관은 적용 범위대상에서 제외되어야 한다고 주장했다.

그러나 이후 정무위원회 전체회의에서 오히려 언론기관은 그 적용 범위에 포함되었다. 여기서 강조된 것은 국회의 입법 정책적 판단이었다. 즉 청탁금지법의 제재 대상의 범위설정 문제는 국회의 재량권에 해당하는 영역이라는 것이다. 이성보 국민권익위원장은 “공적의무종사자라고 해서 그분들을 포함시킬 것인가 하는 것은 입법 정책인 문제라고 저는 보여줍니다. 반드시 그것이 위헌이다 아니다라는 어떤 논리 필연인 것은 아니라고 생각이 들고요. 그래서 사립학교의 경우에는 공립학교 못지않게 여러 가지 정부의 어떤 예산이 투입되는 그런 부분들이 있기 때문에, 그리고 학교 선생님의 어떤 역할은 국공립학교 선생님하고 똑같기 때문에 그분들에 똑같이 어떤 법을 적용한다라고 하는 입법정책은 얼마든지 가능하다고 보여줍니다. 그 다음에 언론기관의 경우는 지금 KBS하고 EBS가 당초 정부안에 대상기관으로 포함되어 있는데 그렇다면 거의 똑같은 기능을 하는 MBC나 그 밖의 주요 언론기관들은 어떠느냐? 이런 논란이

13) 국회 속기록, 제330회 정무소위 제3차(2015년1월8일), 35.

있을 수가 있어서 그런 논란 끝에 아마 포함이 된 것으로 보여지고요. 그래서 이것은 입법 정책적으로 정해질 문제인 것이고 그것이 꼭 위헌이다 이렇게 논단할 수는 없는 것 아닌가”¹⁴⁾라고 말하고 있다.

2015년 3월 3일 청탁금지법이 국회 본회의 통과되기 하루 전날 여·야는 2월 임시국회에서 동 법안을 처리하기로 합의했다. 2월 국회 마지막날인 3월 3일 청탁금지법을 본회의에 상정하기 위해서는 절차상 법사위 의결을 거쳐야만 했다. 시간이 부족한 국회는 법사위 전체회의와 소위원회회를 거치지 않은 상태에서 청탁금지법을 급하게 상정하고 의결했다. 당시 법사위 회의록을 살펴보면 국민적 열망은 이해하지만 내용적 흠결이 다수 발견되고 제재 대상 및 부정청탁의 유형 등과 관련한 논란이 있음에도 불구하고 여론에 이끌려 어쩔 수 없이 통과시킬 수밖에 없는 정치현실을 토로하는 위원들의 발언이 다수 발견되고 있다. 당시 법사위 회의를 이끌고 있는 이상민 법제사법위원장은 “뻔히 위헌성이 있고 법치주의에 반하고 문제가 많음에도 불구하고 여론 때문에 통과시킬 수밖에 없다는 그런 정치적 등등의 사정 때문에 이를 통과시켜야 되는 점”¹⁵⁾이라고 발언하고 있다.

국민여론을 의식하고 여·야 간의 합의에 의해서 청탁금지법을 급하게 통과시켜야 하는 상황 속에서도 법사위 소속위원들은 법사위 의결 전 전체회의에서 동 법안의 법률적 위반사항을 다수 지적하고 있다. 일례로 제재 대상의 범주를 설정하는 문제와 관련하여 사립학교 관계자를 포함시키는 것이 이 법을 의결한 정무위원회의 고유한 권한을 침해하는지 판단하는 것도 주요 쟁점이 되었다.

서기호 의원은 “실제 정무위 회의 과정에서도 나왔던 이야기입니다. 제가 정무위 법안소위 회의록을 검토해 보니까 2014년 12월 2일 날 3차 소위원회에서 김기식 위원님께서 ‘사학재단의 이사장이 포함되지 않는다는 것은 국민 상식에 맞지 않다’ 이런 발언을 하셨고요. 거기에 따라서 김용태 소위원장님이 권익위원장님께 ‘오늘 심사 과정에서 나왔던 그런 내용들

14) 국회 속기록, 제330회 정무 제1차(2015년1월12일), 9-10.

15) 국회 속기록, 제331회 법제사법 제6차(2015년3월3일), 22.

을 준비하셔서 다음 심사 때 제출해 주십시오’ 이렇게 했습니다. 그런데 그 다음 회의 때 권익위원장님께서 제출하시면서 법안에서 사립학교 이사장, 임원 등이 빠진 상태로 제출이 됐고...”¹⁶⁾라면서 사립학교 임직원을 포함하는 것은 법사위에서 결정한 것이 아니라 정무위에서 누락된 사항을 재검토하고 첨부하는 것이라고 강조했다. 이정보 국민권익위원장은 “국·공립학교 교직원이 원래 정부안에 포함이 되어 있었는데 그것을 논의과정을 통해서 사립학교로 확대하는 과정에서 ‘국·공립학교’라고 되어 있던 것을 그냥 ‘각급 학교’라고 이렇게만 수정을 하는 것에 그치면서 지금 언급되고 있는 이사장이나 임원들에 대한 부분을 특별히 언급을 안한 채로 여기까지 와 있는 것입니다.”¹⁷⁾라고 말하면서 내용이 누락되었음을 인정했다. 법사위 위원들 간 토론과 여·야 원내대표 간의 합의 끝에 법사위는 ‘사학재단 이사장 등 임직원’이라는 단어를 추가하는 것으로 법안을 수정 의결했다.

이러한 일련의 과정은 국회가 국민여론에 반응하고 있다는 사실을 보여주고 있다. 그러나 국회에서 정치적 합의의 결과로 급하게 결정하는 까닭에 이해관계자의 의견을 충분히 수렴할 기회를 가지지 못했고 그 결과 기본권 침해 등의 법리 논쟁을 양산하는 모순을 드러내고 말았다.

(2) 판결문에 나타난 반응성 검토

헌법재판소가 판결문에 여론조사결과를 직접 적시하고 있는 것이야말로 반응성을 구현하고 있다는 결정적인 증거가 될 수 있다. 헌법재판소는 판결문에 여론조사 결과를 토대로 청탁금지법 입법 취지가 적법하다고 강조하고 있다. 헌법재판소는 “교육계와 언론계에 부정청탁이나 금품 등 수수 관행이 오랫동안 만연해 왔고 크게 개선되지 않고 있다는 각종 여론조사결과와 국민 인식 등에 비추어 볼 때, 교육계와 언론계의 자정노력에만 맡길 수 없다는 입법자의 결단이 잘못된 것이라고 단정하기도 어

16) 국회 속기록, 제331회 법제사법 제6차(2015년3월3일), 25.

17) 국회 속기록, 제331회 법제사법 제6차(2015년3월3일), 41.

럽다.”¹⁸⁾라고 적시하고 있다. 그리고 “교육과 언론은 국민들의 일상생활에 밀접하게 연결된 분야이고, 국민들은 이 분야의 부패 정도가 심각하고 그로 인하여 직접적으로 피해를 받고 있다고 인식하고 있다. 이런 인식이 여론조사결과에 반영되어 청탁금지법에 사립학교 관계자와 언론인이 포함된 것을 지지하는 여론이 이를 반대하는 여론보다 압도적으로 높게 나타나고 있다.”¹⁹⁾고 지적하면서 헌법소원 이유가 되었던 제재 대상의 평등권과 행동자유권이 헌법에 위배되지 않는다고 판단했다.

그러나 법학자들 사이에서는 헌법재판소가 여론조사를 청탁금지법의 판결 기준으로 삼은 것은 죄형법정주의의 ‘명확성’ 원칙에 위배될 뿐더러 법치주의를 위협한다고 우려를 표했다. 이어서 “청탁금지법을 합헌 판결하면서 판결문에 여론조사 용어를 집어넣은 것은 극히 드문 사례”라면서, “여론조사를 인용한 현재의 판결은 법치주의를 위협하는 포퓰리즘 판결”이라고 비판했다.²⁰⁾ 그러나 헌법재판소가 ‘여론조사’ 용어를 직접적으로 사용한 것은 이번 판결이 처음이 아니었다. 지난 2004년 10월 「신행정수도의 건설을 위한 특별조치법」이 위헌으로 결정되었을 때, 헌법재판소는 판결문에 여론조사 용어를 인용했고 수도이전을 반대하는 여론조사 결과를 판단의 근거로 활용한바 있다.

헌법재판소가 판결문에서 여론조사라는 용어를 사용했다고 해서 이를 포퓰리즘 판결이라고 단정할 수는 없다. 헌법재판소는 정치적 사법기관으로서, 추상적이고 규범적으로 선언되어 있는 헌법을 구체적으로 판단하기 위해서 법리 해석을 우선적으로 고려하고 있다. 그러나 동시에 국민이 수용하는 법감정 혹은 여론도 반영하고 있다. 이를 통해 헌법재판소는 내용적 정당성을 획득할 수 있는 것이다.

여론은 사법자체의 구조적 요인으로 작동할 수 있다. 여론의 지지는 사법부의 권위와 제도적 정당성의 원천이 된다. 반대로 특정 사안에 대해 여론과 청구 소송인이 서로 다른 입장을 보일 때 헌법재판소는 여론의

18) 헌재 2016. 7. 28. 2015헌마236 등, 판례집 28-2상, 131, 166.

19) 헌재 2016. 7. 28. 2015헌마236 등, 판례집 28-2상, 162-163.

20) “권익위 설문조사… 헌재는 여론조사, 법치주의 위협하는 ‘포퓰리즘’ 우려” (문화일보 2016.7.29.)

지지에 힘입어 사법자제 판결을 도출할 수 있다. 청탁금지법은 여론의 지지를 바탕으로 사법자제 판결을 내린 대표적인 사례에 해당한다.

헌법재판소가 여론을 참고한다는 것은 여론에 호도되는 것이 아니라 법리 해석의 정당성을 확대하기 위해 여론을 활용하는 것으로 이해해야 한다. 헌법재판소의 결정과 여론의 방향이 일치한다는 사실만으로 헌법재판소가 여론의 영향을 받은 판결을 했고 따라서 그 정당성을 의심해 볼 수밖에 없다는 것은 성급한 결론이 된다. 헌법재판소가 여론을 따라가는 것이 아니라 헌법재판소가 여론을 활용하는 것으로 이해하는 것이 바람직하다(차동욱 2017, 7).

3. 합헌 결정의 정치적 의미

헌법재판소가 청탁금지법에 대해 합헌 결정을 내린 것은 논쟁적인 법리 해석에 내용적 정당성을 부여하는 효과를 가져왔다. 그리고 헌법재판소가 여론 동향을 판단의 근거로 활용함으로써 민주적 정당성도 동시에 확보하는 효과를 가져왔다. 내용적 정당성은 헌법재판소가 해결해야 할 법리적 논쟁을 종결짓는데 기여하고 있다. 헌법재판소는 판결문을 통해 국회의 입법재량 영역과 헌법재판소의 판단 영역을 구분하면서 국회의 입법책임성을 강조하고 있다. 헌법재판소는 청탁금지법의 법리 논쟁을 해결하는데 중점을 두고 있으며, 실제적으로 법을 시행하면서 나타날 수 있는 문제점을 해결하는 것은 입법 주체인 국회에게 있다는 점을 명확히 밝히고 있다.

(1) 민주적 정당성과 내용적 정당성에 관한 헌법적 보완

헌법재판소는 위헌 결정을 통해 입법부와 갈등을 보이기도 하지만, 동시에 합헌 결정을 통해 국회가 제정한 법률의 헌법적 정당성을 부여해 줄 수 있다. 헌법재판소는 청탁금지법 위헌 소송에서 청구인들이 제기한

법리적 쟁점사항에 대해 헌법과 위배되지 않는다는 결론을 내리고 있다.

먼저 제재 대상의 범주를 둘러싸고 청탁금지법이 청구인들의 행동자유권과 평등권을 침해하는지 여부에 대해 관련 조항이 죄형법정주의의 명확성 원칙이나 과잉금지원칙을 위반한 것이 아니기 때문에 청구인의 기본권을 침해하지 않은 것으로 판단했다. 그리고 “부정청탁금지조항과 금품수수금지조항 및 신고조항과 제재조항은 전체 민간부문을 대상으로 하지 않고 사립학교 관계자와 언론인만 ‘공직자등’에 포함시켜 공직자와 같은 의무를 부담시키고 있는데, 이들 조항이 청구인들의 일반적 행동자유권 등을 침해하지 않는 이상, 민간부문 중 우선 이들만 ‘공직자등’에 포함시킨 입법자의 결단이 자의적 차별이라 보기는 어렵다.”²¹⁾고 판단함으로써 국회 입법목적에 내용적 정당성을 보완하고 있다.

헌법재판소의 합헌 판결은 국회 상임위원회(정무위원회와 법제사법위원회)에서 여당과 야당 간 논의 끝에 합의안을 도출했던 법안에 헌법적 논리를 부가함으로써 법 시행의 동력을 부여해 준 것으로 평가할 수 있다. 그러나 합헌 결정이라고 해서 국회의 모든 결정이 다 헌법적으로 완벽한 법리를 구성하고 있다고 보는 것은 아니다. 헌법재판소는 판결문에 위임조항 및 제재조항에 대한 반대의견도 밝히고 있다. 이를 통해 헌법적 흠결사항을 재고해보고 이를 보완하기 위한 국회의 입법 의무를 주문하고 있다.

(2) 국회의 입법책임성 강조

헌법재판소는 국회가 제정한 법률에 대해 합헌 결정을 내림으로써 국회의 민주적 자기통제 기능을 강조하고 있다. 헌법재판소는 판결문에서 청탁금지법의 적용대상 선정에 관한 국회의 입법재량 영역을 구분하고 있다. 헌법재판소는 “공무원에 버금가는 정도의 공정성·청렴성 및 직무의 불가매수성이 요구되는 각종 분야에 종사하는 사람 중 어느 범위까지 청

21) 헌재 2016. 7. 28. 2015헌마236 등, 판례집 28-2상, 134.

탁금지법의 적용을 받도록 할 것인지는 업무의 공공성, 청탁관행이나 접대문화의 존재 및 그 심각성의 정도, 국민의 인식, 사회에 미치는 파급효과 등 여러 요소를 고려하여 입법자가 선택할 사항으로 입법재량이 인정되는 영역이다.”²²⁾라고 판단하고 있다. 청탁금지법 적용대상이 가장 첨예한 문제였는데 이를 입법재량의 영역으로 규정하면서 헌법재판소가 판단해야 할 영역의 한계를 설정하고 입법운영의 책임은 국회에 있음을 강조하고 있는 것으로 볼 수 있다.

같은 맥락에서 헌법재판소는 국민의 기본권 실현에 관련된 영역은 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구, 즉 의회유보원칙²³⁾을 강조하고 있다. 청탁금지법은 개인의 기본권 실현과도 맞닿아 있는 중요한 문제이기 때문에 선출된 대표자로 구성된 입법부가 정책을 형성하고 실현해야 한다는 것으로 해석할 수 있다.

한편, 청탁금지법을 제정하고 의결하는 과정에서 국회가 여론에 떠밀려 법안을 심도깊게 논의하지 못했다는 점도 지적되고 있다(김창중·조용호 재판관 반대이견). 헌법재판소는 “입법자로서는 입법과정에서 형식적 절차를 준수하여야 할 뿐만 아니라, 하나의 법률 또는 하나의 조문을 제·개정하더라도 여론에 호도되지 않고 입법을 할 의무가 있다. 즉, 입법자에게 입법형성의 자유가 인정된다고 하더라도 거기에는 자의적 판단이 허용되는 것은 아니라는 내재적 한계가 있다.”²⁴⁾고 강조했다. 이어서 “19대 국회에서의 청탁금지법의 입법과정을 보면, 당초 국민권익위원회안이나 정부안 또는 국회의원 3인의 발의안에서는 정의조항에 사립학교 관계자나 언론인이 전혀 언급되지 않았음에도, 정무위원회 법안심사소위원회의 심의 과정에서 국·공립학교 교직원에 대응하는 사립학교 및 유치원 교직원과 공공기관으로 지정할 수 없는 KBS와 EBS를 공공기관으로 오인하여 이들에 대응하는 MBC와 SBS 등 민간 언론사들도 포함시켜야 한다는 단순 논리에서 이들 직군이 정의조항에 포함되었고, 국회 법제사법위원회 논의과정에서 학교법인 임직원까지 포함되었다. 이때 논의과정

22) 헌재 2016. 7. 28. 2015헌마236 등, 판례집 28-2상, 173-174.

23) 헌재 2016. 7. 28. 2015헌마236 등, 판례집 28-2상, 138.

24) 헌재 2016. 7. 28. 2015헌마236 등, 판례집 28-2상, 181.

에서 이들 직군이 다른 민간영역에 비하여 더 부패하였다거나 청렴지수가 낮다는 등의 통계자료나 실증적인 조사보고가 있었던 것도 아니고, 달리 합리적인 이유 제시가 있었던 것도 아니다. 이처럼 청탁금지법의 적용대상 확대와 관련하여 국회 상임위원회는 물론 본회의에서도 충분한 논의가 없었던 결과, 청탁금지법안을 통과시키고 나서 곧바로 국회의원들 스스로 법안 내용의 위헌성을 지적하면서 법안이 공포·시행되기 전부터 그 개정의 필요성을 주장하여 왔다.”²⁵⁾고 비판하고 있다. 국회는 토론 과정에서 관련 내용을 충분히 숙지하거나 혹은 법 적용대상 범위에 해당하는 종사자들의 의견을 수렴할 수 있는 절차를 마련하지 못했다. 따라서 헌법재판소는 이러한 의견 개진을 통해 국회의 입법책임성을 강조하고 있는 것이다.

4. 소결: 사법자제 판결을 통한 반응성과 정당성 강화

청탁금지법 위헌 소송은 동 법안의 제재 대상에 포함된 언론인과 사립학교 관계자 등이 국회 내 정책형성과정에서 문제를 제기할 통로가 차단되었기 때문에 이들이 청구인이 되어 소송을 제기한 사건이었다. 헌법재판소는 청탁금지법 위헌 소송에 대해서 각하와 기각 결정을 내림으로써 동 법안의 내용적·절차적 정당성을 보완해 주었다.

청탁금지법 합헌 판결은 여론의 지지를 바탕으로 사법자제 판결을 내린 대표적 사례이다. 청탁금지법 시행을 원하는 국민여론은 국회와 헌법재판소 양 기관 모두에게 영향을 주었다. 국회는 국민여론을 바탕으로 신속하게 법안을 의결했다. 헌법재판소 역시 여론조사 결과를 활용해 합헌 판결을 내렸다. 헌법재판소의 합헌 판결로 국회는 청탁금지법 시행의 헌법적 흠결을 보완할 있는 기반을 마련했다. 그러나 동시에 국회의 민주적 통제 강화라는 입법책임 의무도 수반되었다.

헌법재판소는 입법재량 영역을 구분하고 이를 명확히 밝힘으로써 헌법

25) 헌재 2016. 7. 28. 2015헌마236 등, 판례집 28-2상, 181-182.

적 논리라는 내용적·절차적 정당성과 반응성을 확대하는 대신 구체적 정책집행에 대한 책임성의 부담은 줄이는 판결을 내렸다. 결론적으로 헌법재판소는 사법자제 판결을 통해 반응성과 내용적·절차적 정당성을 강화하는 대신 국회의 입법재량 영역을 강조함으로써 전략적으로 정치적 부담과 책임성을 회피하고 있음을 알 수 있다. 이러한 헌법재판소의 판결 전략은 국회선진화법(국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의심판) 사건에서도 유사한 경향으로 나타나고 있다.

II. 국회선진화법(국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의) 검토

헌법재판소는 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의사건을 판단할 때 국회 절차상의 하자는 인정하지만, 그 법의 효력은 여전히 유효하다고 판단함으로써 내용적 정당성은 확보하는 대신, 책임성의 부담을 최소화하고 있다. 이러한 판결은 정치적 부담을 회피하는 전략적 판단으로서 사법자체 판결로 볼 수 있다. 「국회법 일부 개정법률안」(이하 국회선진화법)은 국회 내 절차를 통해서 문제 제기할 통로가 막힌 경우에 헌법소송을 제기하는 사례에 해당한다. 헌법재판소는 신속처리안건과 심사기간 지정 거부행위가 국회의원의 법률안 심의·표결권을 침해한다는 헌법소송에 대해 국회의원의 표결권을 침해하거나 침해할 위험성이 없다는 이유로 심판청구가 부적법하다고 판단했다. 위법한 국회 의사절차에 대한 개선 노력은 국회 전체 차원의 시스템과 연결된다. 2008년 한미FTA 비준동의안을 국회 외교통상위원회 전체회의에 상정하면서 빚어진 폭력 사건을 계기로 국회법에 신속처리안건(국회법 제85조의2)을 지정하는 개정안이 2012년에 도입되었다. 당시 국회의장의 법안 직권상정 요건을 보다 엄격히 제한하는 대신, 심사가 지연되는 법안을 처리하기 위해 신속처리안건 제도를 도입했다. 신속처리안건은 전체 재석 의원 또는 상임위 재적 위원 과반수가 요구하면 이를 국회의장 또는 상임위원장이 무기명 투표에 부쳐 재석 의원 또는 상임위 재적 위원 5분의 3이상(180명)이 찬성했을 때 지정된다. 신속처리안건으로 지정되면 상임위원회에서 180일간 심사하고, 심사 미완료 시 법제사법위원회에 자동 회부된다. 법사위에서도 90일이 지나면 본회의에 부의한 후 60일 경과 이후 처음 열리는 본회의에 자동 상정된다. 신속처리안건 지정 제도는 장기간 입법교착상태에 빠진 쟁점법안에 대해 장기간 국회에서 표류하는 것을 방지하기 위한 목적으로 도입되었다.²⁶⁾

26) 더불어민주당과 국민의당은 2016년 12월 23일 국회 환경노동위원회에서 ‘사회적 참사의 진상규명 및 안전사회 건설 등을 위한 특별법(사회적 참사법)’을 신속처리안건 1호로 지정했다. 이는 당시 여당이었던 새누리당(현 자유한국

헌법재판소는 국회의장의 직권상정권한 조항 역시 국회의원의 법안에 대한 심의·표결권을 제한하지 않는다고 판단했다. 또한 법률안에 대한 심사기간 지정 여부는 국회의장의 재량 사항에 해당한다고 판단했다. 헌법재판소는 국회가 헌법실현의 1차적 형성권을 가진 기관으로 인정하고, 입법부작위에 위헌 여부까지 심사하는 것은 부적절하다고 판단했다.²⁷⁾ 결론적으로 헌법재판소는 국회 의사절차에 관한 법률 제·개정 행위를 다투는 사안에 대해 국회의원의 법률안 심의·표결권을 침해할 가능성이 인정되지 않는다는 이유로 각하 결정을 내렸다. 국회 내부의 의사절차 조항에 관한 다툼은 국회의 자율성 영역이라는 이유로 본안 심리를 거절하는 것, 즉 정치과정에 개입하지 않겠다는 판단 또한 사법자제 판결로 해석할 수 있다.

1. 국회법 일부 개정법률안(국회선진화법) 사건의 헌법소송 발단 및 쟁점사항

주성영 새누리당 의원 외 19명은 국회의장과 국회 기획재정위원회 위원장(이하 기재위원장)을 상대로 헌법소송을 제기하였다(2015.1.30. 청구). 소송의 쟁점은 국회법 제85조 제1항 제3호 중 ‘각 교섭단체대표의원과 합의’ 부분 및 제85조의2 제1항 중 ‘재적위원 5분의 3 이상의 찬성’ 부분이 가중된 특별정족수를 요구하고 있어 헌법상 다수결의 원리에 반한다는 것이다. 청구인은 이러한 국회법 조항들과 국회의장과 국회 기획위원장의 행위가 국회의원의 법률안 심의·표결권을 침해하였다고 주장하면서 권한쟁의심판을 신청하였다.

국회 내부의 반민주적이고 비합리적인 절차를 수정해야 한다는 요구가 안팎으로 커지고 있는 상황에서, 국회는 2012년에 소위 ‘국회선진화법’

당)과 협상이 될 수 없다는 판단에 기인한 결과였다. 그리고 336일이 지난 2017년 11월24일, 사회적 참사법이 국회 본회의에서 통과되었다. 이는 제20대 국회에서 신속처리 대상 법안(패스트트랙)으로 지정·통과된 제1호 법안이다.
27) 현재 2016. 5. 26. 2015헌라1, 판례집 28-1하, 172.

혹은 ‘몸싸움방지법’이라는 국회법 일부 개정법률안을 발의했다. 제18대 국회(2008.5.30~2012.5.29)는 2012년 5월 2일 쟁점안건을 심의하는 과정에서 발생하는 물리적 충돌을 방지하여 민주적이고 효율적인 국회를 구현하고자 국회의장의 심사기간 지정 요건을 엄격하게 제한하고, 그 대신 상임위원회에 회부된 안건에 대해 일정한 요건이 갖춰지면 신속처리안건으로 지정할 수 있도록 하는 내용 등을 포함한 국회법 일부 개정법률안(이하 ‘국회선진화법’)을 가결(국회의원 192명 표결 참석, 찬성 127명, 반대 48명, 기권 17명)하였고, 이는 2012년 5월 25일 법률 제11453호로 공포되어 제19대 국회 임기(2012.5.30~2016.5.29) 개시일인 2012년 5월 30일부터 시행되었다.

일명 국회선진화법 혹은 몸싸움방지법이라 일컬어지는 국회법 개정안은 국회법 중 정치적으로 악용되어 온 의사절차를 일부 수정하여 선진 국회를 만들어보겠다는 정치권의 의지를 담은 법안이다. 개정법은 2008년 한미FTA 동의안이 외교통상통일위원회에서 물리력을 동원한 채 상정되고, 2009년 미디어법 처리를 둘러싼 국회 내부의 마찰과 갈등을 겪은 이후 국회 의사절차를 제도적으로 개선하고 차후에는 물리적인 갈등을 피하고 대화와 타협의 정치를 실현하겠다는 자기반성의 결과로 등장하게 된 법안이다.

국회선진화법은 기존의 제도를 보완하여 의장의 안건 심사기간 지정요건 강화(국회법 제85조), 의장석 점거 금지 등 국회질서유지제도 강화, 상임위 상설소위원회 활동 지원 강화 등의 내용을 추가하였다. 그리고 안건 신속처리제(국회법 제85조의2), 위원회 안건조정제(국회법 제57조의2), 의안 상정 간주제(국회법 59조의2), 법사위 체계자구심사 지연 법률안에 대한 본회의 부의제(국회법 제86조), 예산안 및 세입예산안 부수법률안의 본회의 자동부의제(국회법 제85조의3), 본회의 무제한 토론제(국회법 제106조의2) 등을 새롭게 도입했다.²⁸⁾

국회선진화법이 처음 제안된 것은 민주당 소속 박상천 의원이 제안한 법안을 놓고 시작되었으며, 당시에는 여당(前 한나라당)과 야당(前 민주

28) 국회운영위원회 수석전문위원실(2012)

당)의 소수 지도부가 중심이 되어 추진하고 있었다. 19대 총선을 앞두고 새누리당(現 자유한국당+바른정당)은 총선에서 과반을 획득하는 것이 힘들다는 판단 하에 국회법 개정안을 추진했었다. 당시 일반 국회의원들은 국회법 개정안을 잘 모르고 있는 상황에서 동 법안이 제19대 총선 공약에 포함되었고 총선 후에 의원들에게 동 법안에 대한 개정 상황의 필요성이 뒤늦게 보고²⁹⁾되는 등 정당 내부에서도 의견이 공유되지 못한 채 진행되고 있었다. 국회법 개정안 표결 지침에 관한 당론은 정해지지 않고 의원들의 자유투표로 진행되었다. 그 결과 국회의원 192명이 표결에 참석해 127명의 의원들이 찬성을 했다. 그러나 제20대 총선에서 이들 찬성 의원 127명 중 60명이 낙선하면서 국회내에서 동 법안의 추진력이 상당 부분 약화되었다. 비단 국회법 개정안에 대해 찬성한 의원의 원내 진입 수가 감소했다는 것뿐만 아니라 이 법으로 인해 국회 운영이 사실상 마비되는 상황이 재현되면서 국회법 개정안에 대한 재개정안 발의가 잇따랐다. 그리고 2017년 3월 국회는 임시국회에서 일명 국회선진화법을 개정하기로 합의하는데, 안건의 신속처리 문제, 증인채택을 안건조정에서 제외하는 문제, 그리고 신속처리 안건의 지정을 엄격히 하는 문제 등이 주요 개정 대상으로 거론되고 있다.

국회선진화법 시행 이후인 제19대 국회와 제20대 국회(2018.1월 기준)에서 관련 국회법 개정안은 총 10건이 발의되었다. 그 중 6건(2012.9.27 서병수 의원 대표발의, 2014.9.22. 민병주 의원 대표발의, 2015.1.28. 김춘진 의원 대표발의, 2016.1.11 권성동 의원 대표발의, 2016.1.28 정의화 국회의장 발의, 2016.2.11. 조원진 의원 대표발의)은 제19대 국회 임기가 종료됨에 따라 폐기되었고, 제20대 국회에서는 4건(2016.7.6 조배숙 의원 대표발의, 2017.6.14. 노회찬 의원 대표발의, 2017.12.15. 송옥주 의원 대표발의, 2018.1.15. 권은희 의원 대표발의)이 제출되었다.³⁰⁾ 임기종료로 폐기된 법안은 안건신속처리제도 개선을 위한 지정요건 완화, 그리고 재적의원 5분의 3 이상의 찬성 의결정족수의 완화 등의 내용을 담고 있다. 조

29) 2016. 1. 28. 공개변론. 헌법재판소 대심판정. 권성동 의원 발언.

30) 국회 의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr>) 검색

배숙 의원이 발의한 법안 내용도 신속처리대상안건 지정동의는 가중다수결이 아닌 일반 다수결로 의결할 것을 요구하고 있다. 노회찬 의원이 발의한 법안은 필리버스터 제도가 안건 처리를 지연시킬 수 있다는 문제점을 지적하면서, 안건 조정제도와 안건의 신속처리제도를 정비할 것을 강조하고 있다. 송옥주 의원이 발의한 법안은 법률안이 위원회에 회부된 후 일정한 기간이 지나면 자동상정되는 제도를 보다 효율적으로 운영하기 위한 방안을 제안하고 있다. 가장 최근에 발의된 권은희 의원안은 안건조정위원회 제도, 안건의 신속처리제도 및 예산안의 본회의 자동부의 제도의 개선안을 제시하고 있다. 특히 법제사법위원회의 심사 지연 법률안의 본회의 부의절차에서, 소관 위원회에서 이견이 있는 경우 위원회에서 표결하여 재적위원 5분의 3 이상의 찬성으로 이를 본회의에 부의할 수 있도록 하고 있으나 다당제인 상황을 고려할 때 5분의 3 이상의 찬성 조건은 나올 수 없으므로 이를 조정해야 한다는 내용이 주를 이루고 있다.

개정된 국회법에 대해 다시 개정 의견이 나온 이유는 크게 두 가지로 요약된다. 첫째, 국회의장의 심사기간 지정 요건(국회법 제85조)이 불합리하다는 것, 둘째, 안건의 신속처리동의를 위한 가결정족수인 재적위원 5분의 3이상의 찬성 조항(국회법 제85조의2)은 법률적 근거가 없다는 것이다. 5분의 3이라는 가중다수결이 쟁점사항으로 대두되면서 헌법이나 국회법 어디에도 이 수치를 뒷받침할 만한 근거가 없다는 비판이 제기되었다. 가중다수결이 도입된 경위와 관련하여 주호영 의원은 “예상과는 달리 새누리당(現 자유한국당+바른정당)이 총선에서 과반을 획득하면서 약속을 지켜야 한다는 압박감에 3분의 2는 많으니 적당히 5분의 3으로 하자는 취지에서 도출된 수치였다.”³¹⁾고 말하고 있다. 이러한 발언을 미루어 보건대, 가중다수결이 사실의 문제인지 혹은 규범의 문제인지는 차치하더라도, 5분의 3이라는 가중다수결은 법적인 근거가 빈약할 뿐만 아니라 진지한 고민의 결과물도 아니었음을 확인할 수 있다.

이들 두 조항은 지난 2012년 개정된 국회법에 새롭게 신설된 조항이었

31) 2016. 1. 28. 공개변론. 헌법재판소 대심판정.

으며 국회의 동의절차를 거친 사항이었다. 그러나 국회법 개정안이 시행된 지 4년 만인 2016년 1월, 여당인 새누리당은 헌법재판소에 국회의장의 직권상정제도, 그리고 국회법 제85조의2(안건의 신속처리)에 의한 의결정족수로 인해 국회의원의 법률안 심의·표결권이 침해되었다며 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구하였다(헌재 2016. 5. 26 2015헌라1).

헌법재판소 최종판단 과정에서 진행된 공개변론³²⁾에서 이진성 재판관은 “국회에서 의결이 되어 법률이 시행되어도 국민의 기본권을 침해하는 법률이면 헌재는 위헌 결정을 한다. 그러나 이 법률들은 국회의 심의·의결 절차에 관한 법률이다. 심의·의결절차를 국회 합의로 의결을 거친 사항인데, 이 법안이 규범성에 위헌성이 있는 것인가?”라는 질문을 제기하고 있다. 이어서 “심판대상 조항 자체의 위헌성 문제가 아니라 입법 교착상태를 해소할 수 있는 보완규정을 마련하지 않은 입법부작위로서 위헌성을 다투어야 하는 문제가 아닌가?”라고 질문한다. 비슷한 취지로 박한철 헌법재판소장 역시 “자율적으로 국회가 정한 규칙을 다시 부정하는 것 아닌가? 따라서 권한쟁의 형태로 쟁송하는 것은 부적절한 것 아닌가?”라고 반문하고 있다. 이러한 질문에 대해 주호영 의원은 “국회가 정한 의사결정을 헌재에 심판 청구한 것이 부끄럽다. 그러나 이 방법밖에 방법이 없다.”라고 대답하고 있다.

헌법재판소 재판관들이 제기하고 있는 의문은 본 연구의 맥을 관통하고 있다. 국회는 공전사태를 스스로 해결할 능력이 없는 것인가? 국회의 공전사태나 입법교착상태를 해결하기 위해서 사법심사가 핵심적인 장치로 작동하고 있는가? 결론부터 제시하면 헌법재판소는 국회의 자율적인 의사규칙과 운영원리에 대해서는 직접적으로 개입하지 않기 때문에 사법심사를 통해 국회 내부의 절차상 문제가 해결될 수 있는 여지는 거의 없다고 봐야 한다. 다시 말해, 국회 내부 절차를 개선하는 문제는 여전히 국회의 자율성과 의지에 달려 있다는 것이다.

32) 2016. 1. 28. 공개변론. 헌법재판소 대심판정.

(1) 국회의장의 법률안 심사기간 지정 및 본회의 부의 (직권상정)

국회법이 개정된 배경에는 국회의장의 법률안 심사기간 지정 및 본회의 부의(이하 직권상정제도)에 대한 제도적 불신, 그리고 입법교착상태를 제도적으로 해소하기 위한 시도에서 비롯되었다. 1963년 11월 26일(법률 제1452호) 국회법 개정으로 인해 국회의장의 직권상정 조항이 신설되었으며, 민주화 이후에도 직권상정제도가 여전히 실시되고 있었다. 법이 개정되기 전에는 직권상정을 위한 심사기간 지정사유나 대상에 아무런 제한이 없었다. 직권상정제도는 주로 원내 정당들 간 입장 차이로 인해 원내 과반 의석을 차지한 여당이 지지하는 법안이 통상적인 입법과정을 통해 처리되지 못하는 입법교착상태에 빠져 있을 때 국회의장이 상임위원회의 법안심사를 우회하여 법안을 신속하게 처리하는 수단으로 활용되었다. 민주화 이후인 제13대 국회부터 실시된 국회의장 직권상정 안건은 총 293건³³⁾(제13대 국회 40건, 제14대 국회 21건은 표에 없는바 별도로 포함)에 이르고 있으며, 특히 제15대 국회 91건, 그리고 제18대 국회는 99건에 달하고 있다. 2012년 개정된 국회법 시행 이후 제19대 국회 전반기에는 국회의장 직권상정 건수가 단 한 건도 없었으나 후반기에 이르러서는 7건이 본회의에 상정되었다. 역대 국회의장의 직권상정 건수와 그 법안을 살펴보면 [표 2-1]과 같다. 법안의 내용을 보면 소속 상임위 소관도 다양하며, 경제관련 법안부터 민감한 정치적 사안을 담은 법안까지 그 범위가 매우 넓다는 것을 알 수 있다.

33) 제11대 국회 이전에는 심사기간 지정제도가 없었으며, 제12대 국회부터 심사기간 지정제도가 도입되었다(2016. 1. 28 헌법재판소 공개변론, 국회사무처 의사국 의안과장 참고인 발언). 제12대 국회에서는 총 24건의 안건이 국회의장에 의해서 직권상정 되었다. 이를 합하면 모두 317건이 된다.

[표 2-1] 역대 국회의장 직권상정 현황³⁴⁾

구분	의장	안건수 (지정 횟수)	지정 사례
제15대 국회	김수환 (전반기)	9건 (5회)	- 96. 7.26. 정부조직법(1건) - 96.11.18. 경제협력개발기구협약 가입동의안(1건) - 96.12.12. 양곡관리법 등(2건) - 96.12.18. 국가안전기획부법(1건) - 96.12.24. 근로기준법 등(4건)
	박준규 (후반기)	82건 (8회)	- 99. 1. 5. 한일어업협정 비준동의안 등(65건) - 99. 1. 6. 남녀고용평등법 등(3건) - 99. 5. 3. 정부조직법 등(4건) - 99. 8.13. 농업인협동조합법(1건) - 99. 9.28. 동티모르 파병동의안(1건) - 99.12.16. 방송법(1건) - 00. 1.15. 국회법 등(6건) - 00. 1.31. 공직선거법(1건)
제16대 국회	이만섭 (전반기)	3건 (3회)	- 00. 9.28. 동티모르 파병연장동의안(1건) - 01.12.21. 법인세법(1건) - 02. 1. 8. 국민건강보험법(1건)
	박관용 (후반기)	3건 (2회)	- 04. 2.28. 방송법(1건) - 04. 3. 2. 정당법 등(2건)
제17대 국회	김원기 (전반기)	22건 (5회)	- 04.12.31. 종합부동산세법 등(10건) - 05. 3. 2. 신행정수도법 등(4건) - 05. 6.30. 사립학교법(1건) - 06. 5. 1. 임대주택법 등(4건) - 06. 5. 2. 지방자치법 등(3건)
	임채정 (후반기)	7건 (3회)	- 06.11.30. 파견근로자보호등에 관한 법률(3건) - 07. 7. 3. 사립학교법 등(3건) - 07.12.14. 이명박대통령후보 특검법(1건)

34) 국회사무처 의사국 의안과 제출자료(2016.7.25. 제출)

구분	의장	안전수 (지정 횟수)	지정 사례
제18대 국회	김형오 (전반기)	59건 (5회)	<ul style="list-style-type: none"> - 08. 8.14. 국회법(1건) - 08.12.10. 조세특례제한법 등(16건) - 09. 3. 2. 방송법 등(15건) - 09. 4.30. 한국토지주택공사법 등(5건) - 09.12.31. 조세특례제한법 등(22건)
	박희태 (후반기)	40건 (3회)	<ul style="list-style-type: none"> - 10.12. 7. 조세특례제한법 등(14건) - 10.12. 8. 친수구역 활용에 관한 특별법 등(11건) - 11.11.22. 한·미FTA비준동의안 등(15건)
제19대 국회	강창희 (전반기)		- 해당사항 없음
	정의화 (후반기)	7건 (3회)	<ul style="list-style-type: none"> - 14.12. 2.지방교부세법 - 15.12. 2 대리점거래의 공정화에 관한 법률안 등(5건) - 16. 2.23 국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법안
제20대 국회	정세균 (전반기)		- 해당사항 없음

2012년 국회법이 개정되기 전에는 직권상정을 위한 심사기간 지정사유나 대상에 아무런 제한이 없었기 때문에 국회의장은 필요에 따라 어떠한 안건도 본회의에 직권으로 상정할 수 있었다. 국회법 개정안이 시행된 제19대 국회 전반기에는 국회의장 직권상정이 단 한건도 없었다는 것은 새로운 제도 시행의 결과로 이해될 수 있다. 그러나 한편에서는 국회의장의 직권상정 기준이 엄격해 입법교착상태를 해결할 수 있는 출구가 없다고 비판하기도 한다. 이를 단적으로 표현한 것이 ‘식물국회’였다.

국회의장은 여당 중 중진위원을 추대하는 형식으로 임명되며, 의장이 되는 순간 의사진행의 공정성을 위해 당적을 버리고 무소속으로 남게 된다. 그러나 국회의장이 표면적으로 무소속이라 할지라도 원래 소속 정당의 이해관계나 요구로부터 자유로울 수는 없으며, 대통령과 여당이 같은 정당인 경우(단점정부)에는 국회의장의 자율성은 상당 부분 약화된다.

특히 여당이 의석의 과반수를 차지하고 있는 상황에서는 단독으로 의사 일정이나 법안을 처리할 수 있는 여건이 마련될 수 있다. 여당과 야당 간에 합의되지 않은 법률안이나 예산 등이 장기간 계류될 경우 여당원들의 요구를 기반으로 국회의장은 직권으로 해당 법률안들을 본회의에 부의 및 상정할 수 있고, 이를 반대하는 정당은 본회의 개의나 표결을 막기 위한 다양한 방법을 동원하게 된다. 이러한 방법이 극한에 치닫게 되는 경우에 물리적 충돌이 발생하기도 한다. 이에 2012년 5월 25일(법률 제11453호) 국회는 국회법 개정을 통해 국회의장이 직권상정을 하기 위해서는 교섭단체대표의원과 협의할 수 있는 사항을 새롭게 신설했다. 이는 국회의장이 직권상정을 할 수 있는 조건을 구체화하고 있는 것으로, 천재지변, 전시사변 또는 이에 준하는 국가비상사태, 그리고 국회의장이 각 교섭단체대표의원과의 합의하는 경우로 제한하고 있다(국회법 제85조 제1항).

교섭단체대표의원과의 합의하는 조항과 관련하여 새누리당은 교섭단체대표의원은 국회의 의사진행을 합의하는 자리라고 주장하였다. 공개변론에 청구인 대표로 참석한 권성동·주호영 의원은 “교섭단체대표의원이 국회의원 개개인의 법률안 제출권이나 심의·표결권을 대신할 수 없다. 이는 양도하거나 위임할 수 없다.”³⁵⁾라고 주장하면서 심사기간의 지정은 국회 입법권의 본질적 내용으로서 교섭단체대표의원이 대표할 수 있는 사항이 아니라고 주장하였다.

국회의장 직권상정 관련 조항은 지난 1988년부터 총 네 차례에 걸쳐서 변화되었는데, 가장 최근에 개정된 2012년도에 처음으로 국회의장이 직권상정 할 수 있는 조건을 구체적으로 열거해 놓았다. 국회의장 직권상정 관련 국회법 조항 개정 연혁은 [표 2-2]과 같다.

35) 2016. 1. 28. 공개변론. 헌법재판소 대심판정.

[표 2-2] 국회법 ‘국회의장 직권상정 관련 조항’ 개정 연혁³⁶⁾

일부개정 2012.5.25 법률 제11453호	일부개정 2005.7.28 법률 제7614호	일부개정 1991.5.31 법률 제4385호	전부개정 1988.6.15 법률 제4010호
제85조(심사기간) ① 의장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 위원회에 회부하는 안건 또는 회부된 안건에 대하여 심사기간을 지정할 수 있다. 이 경우 제1호 또는 제2호에 해당하는 때에는 의장이 각 교섭단체대표의원과 협의하여 해당 호와 관련된 안건에 대하여만 심사기간을 지정할 수 있다. <개정 2012.5.25> 1. 전제지변의 경우 2. 전사·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태의 경우 3. 의장이 각 교섭단체대표의원과 합의하는 경우 ② 제1항의 경우 위원회가 이유없이 그 기간 내에 심사를 마치지 아니한 때에는 의장은 중간보고를 들은 후 다른 위원회에 회부하거나 바로 본회의에 부의할 수 있다.	제85조(심사기간) ① 의장은 위원회에 회부하는 안건 또는 회부된 안건에 대하여 심사기간을 지정할 수 있다. 이 경우 의장은 각 교섭단체대표의원과 협의하여야 한다. <개정 2005.7.28> ② 제1항의 경우 위원회가 이유없이 그 기간 내에 심사를 마치지 아니한 때에는 의장은 중간보고를 들은 후 다른 위원회에 회부하거나 바로 본회의에 부의할 수 있다.	제85조(심사기간) ① 의장은 심사기간을 정하여 안건을 위원회에 회부할 수 있다. 이 경우 의장은 각 교섭단체대표의원과 협의하여야 한다. ② 제1항의 경우 위원회가 이유없이 그 기간 내에 심사를 마치지 아니한 때에는 의장은 중간보고를 들은 후 다른 위원회에 회부하거나 바로 본회의에 부의할 수 있다. [제78조에서 이동, 종전 제85조는 제92조로 이동 1991.5.31]	제78조(심사기간) ① 의장은 심사기간을 정하여 안건을 위원회에 회부할 수 있다. 이 경우 의장은 각 교섭단체대표의원과 협의하여야 한다.

국회의장의 직권상정제도가 문제의 핵심쟁점으로 떠오른 것은 제19대 국회 후반기였다. 2014년 12월 9일 새누리당(現 자유한국당+바른정당) 소속 국회의원 146명이 국회의장을 상대로 북한인권법안을 포함한 11건의 법률안에 대해 심사기간 지정 및 본회의 부의, 즉 국회의장의 직권상정을 요청하였다. 11건의 법률안은 [표 2-3]과 같다.

[표 2-3] 2014.12.9. 심사기간 지정 및 본회의 부의 요청 법안 목록

	의안명	제안자	제안일자	처리결과
1	북한인권법안	윤상현 의원 등	2012.06.01	<ul style="list-style-type: none"> 대안반영 폐기 외통위원장 대안 가결 - 제안: 2016.2.26 - 상정·의결: 2016.3.2
2	북한인권법안	황진하 의원 등	2012.06.15	
3	북한인권법안	이인제 의원 등	2012.08.20	
4	북한인권법안	조명철 의원 등	2012.09.05	

36) 국회사무처 의사국 의안과 제출자료(2016.7.25. 제출)

5	북한인권법안	심윤조 의원 등	2013.03.29	
6	북한인권법안	김영우 의원 등	2014.11.21	
7	서비스산업발전 기본법안	정부	2012.07.20	임기만료폐기
8	국립대학재정· 회계법안	민병주 의원 등	2012.07.11	<ul style="list-style-type: none"> • 대안반영폐기 • 「국립대학의 회계 설치 및 재정 운영에 관한 법률안(대안)」 - 교육문화체육관광위 원장 - 제 안 · 상 정 · 의 결 : 2015.3.3
9	주택법일부 개정법률안	정부	2012.09.19	폐기(2015.2.26)
10	재건축초과이익 환수에 관한 법률 폐지법률안	신동우 의원 등	2014.03.20	<ul style="list-style-type: none"> • 대안반영폐기 • 「재건축초과이익 환 수에 관한 법률 일부개 정법률안(대안)」 - 국토교통위원장 - 제 안 · 상 정 · 의 결 : 2014.12.29
11	도시 및 주거환경정비법 일부개정법률안	이노근 의원 등	2014.04.07	<ul style="list-style-type: none"> • 대안반영폐기 • 「도시 및 주거환경정 비법 일부개정법률안(대 안)」 - 국토교통위원장 - 제안: 2014.12.24 - 상정·의결: 2014.12.29

이에 대해 국회의장(당시 정의화)은 2014년 12월 17일 국회법 제85조 제1항³⁷⁾의 심사기간 지정요건을 충족하지 못하였다는 이유로 국회의원들이 요청한 법률안에 대한 심사기간 지정을 거부했고, 또한 심사기간

지정을 전제로 한 본회의 부의도 하지 않았다. 이러한 국회의장의 행위에 대해서 새누리당(現 자유한국당+바른정당)은 국회의원의 법률안 본회의 부의권 혹은 부의요구권이 침해되었다고 주장했다.

수차례 교섭단체대표 간의 합의를 요구했던 국회의장과 이를 거부하는 여당과 야당 간의 갈등은 증폭되었으며, 그 과정에서 국회선진화법에 대한 무용론이 제기되었다.

국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의는 국회법 제85조 제1항을 둘러싸고 제기된 사건이었다. 일명 국회선진화법에 관한 권한쟁의는 개정된 국회법 제85조에 대한 입법 의무, 즉 국회의장의 입법부작위로 말미암아 국회의원의 심의권과 표결권이 침해되었는지 여부에 관해 사법기관의 판단을 벌린 사건이었다. 핵심 쟁점은 국회 운영원리의 자율성과 헌법 원리의 침해에 관한 의견 대립이었다. 헌법재판소는 국회 운영원리의 자율성은 국회의 고유 영역으로서 권한쟁의 대상이 되지 않는다고 보는 반면, 이 사건을 청구한 새누리당은 국회법 조항으로 인해 독립적 헌법기관인 국회의원의 법률안 심의·표결권이 침해되었다고 주장했다.

이에 대해 헌법재판소는 국회법 제85조 제1항의 직권상정권한은 국회의 수장이 국회의 비상적인 헌법적 장애상태를 회복하기 위하여 가지는 권한으로 국회의장의 의사정리권에 속하며, 심사기간 지정사유는 국회의장의 직권상정권한을 제한하는 역할을 할 뿐 국회의원의 법안에 대한 심의·표결권을 제한하지 않는다고 판단하여 각하 결정을 내렸다(5명 각하, 2명 기각, 2명 인용 결정).

37) 국회법 제85조(심사기간) ① 의장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 위원회에 회부하는 안건 또는 회부된 안건에 대하여 심사기간을 지정할 수 있다. 이 경우 제1호 또는 제2호에 해당하는 때에는 의장이 각 교섭단체대표의원과 협의하여 해당 호와 관련된 안건에 대하여만 심사기간을 지정할 수 있다. 1. 천재지변의 경우 2. 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태의 경우 3. 의장이 각 교섭단체대표의원과 합의하는 경우

(2) 국회 입법교착상태와 국회법 개정안 관계

국회의장의 직권상정 요건과 국회 입법교착상태의 상관관계를 분석하기 위한 첫 번째 과제는 국회법 개정안 실시 이전과 이후의 국회 운영 실태를 비교·분석함으로써 가능하다. 입법교착상태의 가장 핵심적인 현상은 법률안이 처리되지 못하고 상임위 단계 혹은 본회의 단계에서 계류되어 있는 것이다. 입법교착상태는 여·야 합의가 되지 않는 소위 ‘쟁점법안’의 처리를 둘러싸고 상임위원장의 소속 정당, 상임위원들의 여·야 동수, 상임위원장 단독으로 의사일정을 하느냐 안하느냐의 여부, 법제사법위원장의 소속 정당, 법제사법위원회 위원들의 여·야 동수(여당 8명, 야당 8명 여·야 동수) 등의 복합적인 요인에 기인하며, 이러한 제반여건들로 인해 안건이 본회의에 부의되기 어려운 상황들을 종합적으로 일컫는다. 설사 안건이 본회의에 부의된다 하더라도 상정되기 위해서는 국회의장의 의지와 리더십이 요구되기도 한다.³⁸⁾

국회의장 직권상정제도는 지극히 예외적인 국회 운영절차 중의 하나로서, 위원회 중심주의를 표방하는 국회 운영절차에 반하는 제도로 이해될 수 있다. 우리나라 국회의 의안 심의는 본회의 중심이 아닌 소관 상임위원회 중심으로 이루어지며, 이른바 ‘위원회 중심주의’를 채택하고 있다.³⁹⁾ 현재 제20대 국회는 16개의 상임위원회와 8개의 특별위원회 체제를 가동하고 있는데, 이들 각 상임위원회에서는 해당 분야 전문가들로 구성된 국회의원이 법률안, 예산안, 청원 등을 심의 및 표결하고 있다. 각 상임위원회에서 검토된 법률안은 법제사법위원회의 체계자구심사를 거쳐 본회의에 부의되고 상정된다. 본회의로 부의된 안건은 각 상임위원회의 검토를 충분히 거쳤다는 전제하에 상정되는 것이며, 이후 전체 국회의원을

38) 국회법 제76조 제2항(의사일정의 작성)과 관련하여 국회의장의 권한이 재량인지, 만일 재량이라면 자유재량인지 혹은 기속재량인지에 대해 의견이 갈리는데 국회사무처는 이를 국회의장의 재량으로 보고 있다(2016. 1. 28. 헌법재판소 공개변론 중 국회사무처 의사국 의안과장 참고인 진술). 그러나 관례상 국회의장은 교섭단체대표와 협의를 거쳐 본회의 상정안건을 작성한다.

39) 현재 2003. 10. 30. 2002헌라1, 판례집 15-2하, 17, 30.

대상으로 찬반토론과 표결절차가 진행된다. 실질적으로 본회의에서 행해지는 찬반토론은 교섭단체대표간에 잠정적으로 이루어진 합의를 뒤집을 정도의 파급력이 있는 것은 아니다. 본회의에서 최종적인 표결절차가 행해진 후 해당 법률안이 정부에 이송되어 15일 이내에 공포(헌법 제53조 제1항)되면 모든 절차가 종료된다. 그리고 법률은 특별한 규정이 없는 한 공포한 날로부터 20일을 경과함으로써 효력을 발생한다(헌법 제53조 제7항).

그러나 한편에서는 국회법 제87조 제1항을 근거로 국회가 위원회 중심이 아닌 본회의 중심이라고 주장하기도 한다. 해당 조항에 의하면, 위원회에서 본회의에 부의할 필요가 없다고 결정된 의안은 본회의에 부의하지 않지만, 위원회의 결정이 본회의에 보고된 날로부터 7일 이내에 의원 30인 이상의 요구가 있을 때에는 해당 안건을 본회의에 부의하여야 한다고 규정하고 있다. 그러나 이러한 경우는 통상적인 경우가 아니라는 점, 그리고 상임위원회 중심의 절차를 종합적으로 검토해 보면 국회 운영절차는 위원회 중심주의가 더 타당하다고 볼 것이다. 이는 국회 입법교착상태를 해결하기 위해서는 국회의장의 직권상정 요건을 완화하는데 있는 것이 아니라 상임위원회가 정상적으로 운영될 수 있는 제도적 방안을 마련할 때 절차적 민주주의가 수립될 수 있다는 것을 의미하는 것이기도 하다.

만일 국회선진화법이 시행된 제19대 국회에서 법률안 처리 숫자가 급격히 감소했다면 이 법으로 인해 입법교착상태가 발생했다고 볼 수 있다. 이러한 가정을 토대로 민주화 이후 제13대 국회부터 제20대 국회(2017.3.2. 기준)까지 법률안 접수 건수와 처리 건수를 비교하고 있다[표 2-4]. 법률안은 국회의원뿐만 아니라 정부도 제출할 수 있으므로 이를 구분해서 살펴보고 있다. 의원안은 의원이 제출한 법안과 위원장이 제출한 법안으로 구분되어 있는데 큰 틀에서는 하나의 의원안에 해당한다. 여기서 위원장은 상임위원장을 지칭하는 것이다. 일명 ‘위원장 대안’이라고 명명되는 법안은 기존의 제출된 법안 중 법안명이 같거나 내용이 비슷한 안건들을 상임위원회 차원에서 취합하여 기존 법안들의 의견을 받

영한 위원회안을 제시하게 되는데 이러한 법안을 일컬어 위원장 대안이
라고 한다.

[표 2-4] 민주화 이후 국회 회기별 법률안 처리 현황⁴⁰⁾

(1988.05.30~2017.03.02)

구분 (연도)	발의주체		접수 (A)	처리내용				접수대비 처리비율 (B/A*100)
				가결		대안 반영 (43)	총 계 (B)	
				원안 (41)	수정 (42)			
제13대 (1988~1992) 단점정부 ⁴⁴⁾	의원안	의원	462	18	43	181	242	52.3%
		위원장	108	96	7	0	103	95.3%
	정부안		368	138	183	34	355	96.4%
	소계		938	252	233	215	700	74.6%
제14대 (1992~1996) 단점정부	의원안	의원	252	17	34	48	99	39.2%
		위원장	69	68	0	0	68	98.5%
	정부안		581	265	272	24	561	96.5%
	소계		902	350	306	72	728	80.7%
제15대 (1996~2000) 단점정부	의원안	의원	806	26	97	226	349	43.3%
		위원장	338	332	6	0	338	100%
	정부안		807	219	440	78	737	91.3%
	소계		1,951	577	543	304	1,424	72.9%
제16대 (2000~2004) 분점정부	의원안	의원	1,650	34	221	514	769	46.6%
		위원장	261	250	8	0	258	98.8%
	정부안		595	117	314	120	551	92.6%
	소계		2,506	401	543	634	1,578	62.9%
제17대 (2004~2008) 분점정부 ⁴⁵⁾	의원안	의원	5,728	176	520	1,543	2,239	39.0%
		위원장	659	647	7	0	654	99.2%
	정부안		1,102	131	432	317	880	79.8%

40) 국회의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr>) 처리의안통계 재구성.

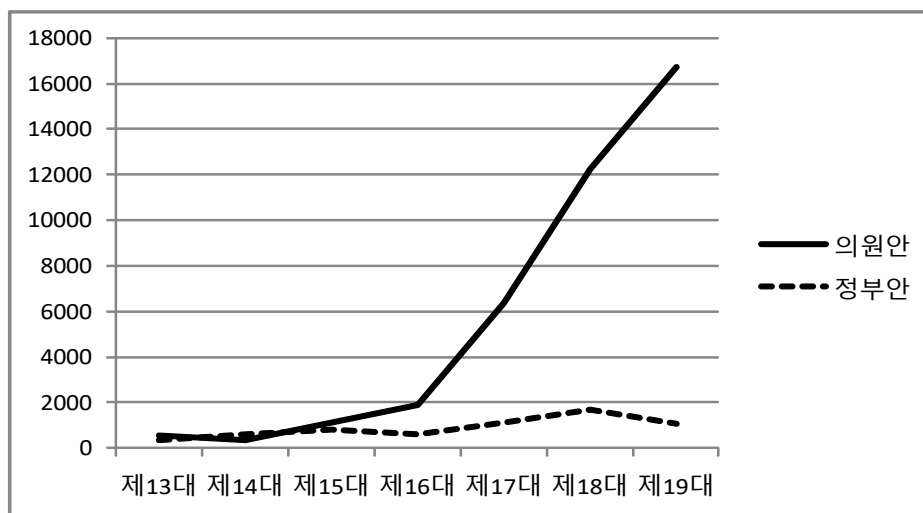
	소계		7,489	954	959	1,860	3,773	50.3%
제18대 (2008~2012) 단점정부	의원안	의원	11,191	253	386	3,227	3,866	34.5%
		위원장	1,029	1,012	12	0	1,024	99.5%
	정부안		1,693	369	321	598	1,288	76.0%
	소계		13,913	1,634	719	3,825	6,178	44.4%
제19대 (2012~2016) 단점정부	의원안	의원	15,444	371	763	4,212	5,346	34.6%
		위원장	1,285	1,275	5	0	1,280	99.6%
	정부안		1,093	129	250	424	803	73.4%
	소계		17,822	1,775	1,018	4,636	7,429	41.6%
제20대 (2016~2020) 분점정부	의원안	의원	876	107	120	562	789	90.0%
		위원장	245	245	0	0	245	100%
	정부안		215	76	48	75	199	92.0%
	소계		1,336	428	168	637	1,233	90.0%
총계			46,857	6,371	4,489	12,183	23,043	64.6%

- 41) 위원회에서 수정되지 않은 법률안, 위원회에서 제안한 법률안 등 원안이 본회의에서도 수정 없이 가결된 경우를 말함.
- 42) 본회의에서 위원회 수정안대로 의결된 경우, 위원회에서 심사보고 또는 제안한 법률안이 본회의에서 수정된 경우 등 당초 원안이 수정되어 가결된 경우를 말함.
- 43) 위원회의 법률안 심사결과 그 법률안의 내용을 일부 또는 전부 반영한 위원회 대안을 제안하는 대신, 본회의에 부의하지 않기로 한 법률안으로서 실질적으로는 가결 법률안과 차이가 없음.
- 44) 13대 총선(1988. 4. 26) 결과 전체 299석 중 민정당(민주정의당) 125석, 평민당(평화민주당) 70석, 민주당(통일민주당) 59석, 공화당(신민주공화당) 35석, 무소속 9석, 한겨레민주당이 1석을 차지하면서 여소야대가 조성됐다. 그러나 1990년 민정당, 민주당, 공화당 등 3당이 합당한 민자당이 출범하면서 단점정부를 형성하게 되었다.
- 45) 2004년 4·15 총선 결과, 전체 국회의원 299석 중 열린우리당 152석, 한나라당 121석, 민주노동당 10석, 새천년민주당 9석 등의 의석분포를 보였다. 제17대 국회가 시작한 시점에는 열린우리당이 국회 의석 과반수 이상을 차지하는 단점정부로 시작하였으나, 2007년 12월 한나라당 소속 이명박 대통령이 당선되면서 분점정부를 형성하게 되었다.

일반적으로 원내 다수당과 대통령의 소속정당이 동일한 경우 정치적 안정과 입법의 효율성이 증대된다고 보고 있다. 여기에서 말하는 입법의 효율성은 법안 처리 비율이 높다는 것을 의미한다. 그러나 단점정부인 제15대 국회와 제18대 국회에서 국회의장 직권상정 안건이 가장 많았던 점과, 법률안 접수/처리비율이 분점정부와 단점정부간에 별다른 차이를 보이지 않는다는 점에서 정부형태는 유의미한 변수로 작동하지 않음을 알 수 있다. 단점정부 상황에서 극단적인 대립상황이 더 발생하며, 단점정부와 분점정부의 입법산출에는 차이가 없다는 기존의 연구도 이를 입증하고 있다(오승용 2004, 2008).

국회 회기별 법률안 처리 현황을 살펴보면, 민주화 이후인 1988년부터 2017년 제20대 국회(2017년 3월 2일 현재)까지 접수된 법률안은 총 46,857건이며, 그 중 국회의원이 제출한 법안은 36,409건(전체 접수의 77%)이고 정부가 제출한 법안은 6454건(전체 접수의 13%)이다. 법률안 접수 추이를 살펴보면 제15대 국회까지는 의원제출안과 정부제출안의 수가 별다른 차이를 보이지 않다가, 제16대 국회부터 의원제출안의 건수가 급격히 증가하기 시작했다[그림 2-1].

[그림 2-1] 의원/정부제출 법률안 접수 현황

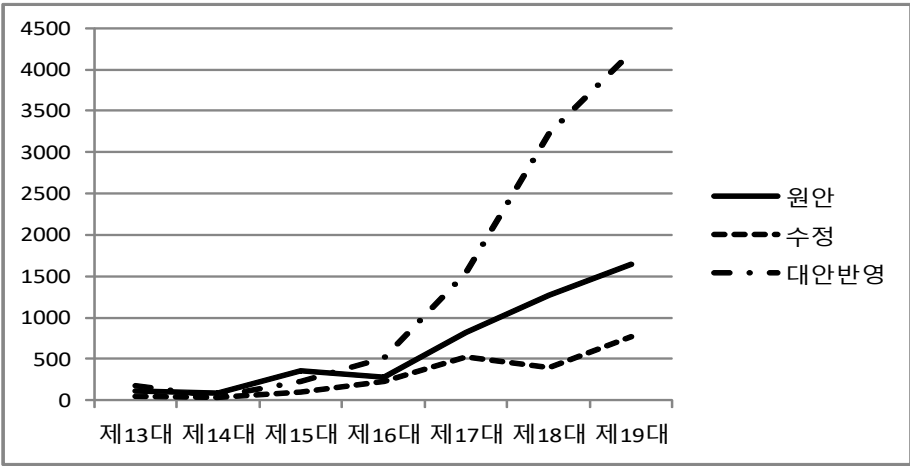


정부제출안은 전체 국회에 걸쳐 급격한 증가 혹은 감소보다는 완만한 흐름을 보여주고 있다. 의원제출안과 정부제출안 수의 격차는 국회 회기가 지날수록 더 벌어지고 있음을 알 수 있다(제20대 국회는 전체 회기를 대상으로 하지 않은바, 그래프 분석에서 제외하고 있음).

접수된 법률안 중 처리된 법률안은 21,810건으로 47.9%의 처리율을 보여주고 있다. 여기에서 ‘처리’라 함은 법률안이 제출한 원안대로 통과된 경우와, 법률안의 내용이 수정되어 통과된 경우를 말한다. 그리고 대안 반영은 비록 해당 법률안이 본회의에 부의되지는 않았지만 그 내용이 일부 또는 전부 위원회 대안에 반영되었다는 점에서 이를 처리된 안건으로 보고 있다. 제13대 국회에서 74.6%의 처리율을 보이고 있고, 제14대에서는 80.7%의 처리율을 보인 이후 국회 회기가 지날수록 그 처리율은 지속적으로 감소하고 있다. 의원발의안이 증가하면 할수록 처리율은 감소하고 있는데, 이는 양면을 보여주고 있다. 하나는 의원발의안이 그 내용이나 질이 부실하다는 해석이 가능할 것이고, 또 다른 한편으로는 의원안에 대해 심도있는 심사가 동시에 이루어진다는 것을 의미하기도 한다는 점에서 상반된 해석이 가능하다.

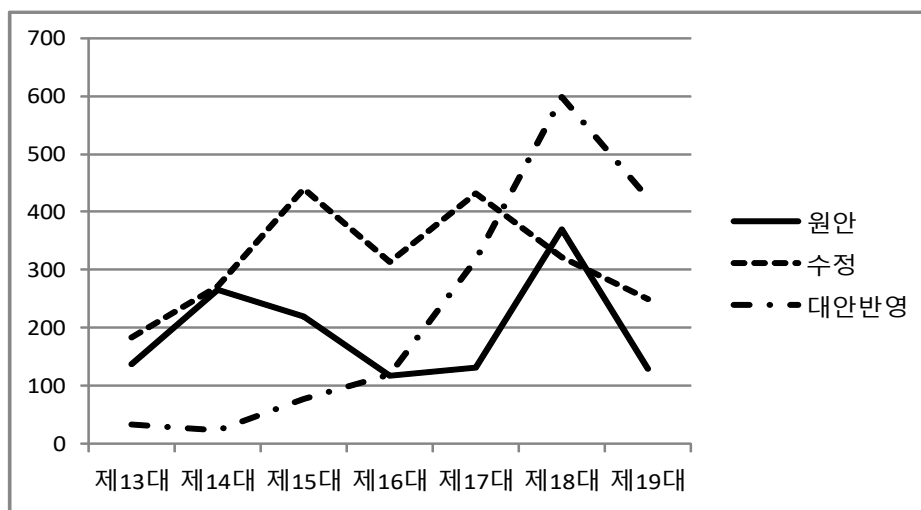
의원제출 법률안은 ‘대안반영>원안>수정안’의 순으로 처리율이 높은 것으로 나타나고 있다[그림 2-2].

[그림 2-2] 의원제출 법률안 처리 현황



제15대 국회에서는 원안이 대안반영보다 더 많이 처리된 것으로 나타나고 있으며, 이와 같은 추이는 제16대 국회 이후에도 지속되고 있다. 이러한 흐름은 앞서 살펴보았던 접수 안건 흐름과 대체적으로 비슷한 양상을 보인다. 대안반영 법률안의 처리율이 높게 나타나는 것은 의원발의 접수건수가 증가하면서 비슷한 내용의 안건이 많았기 때문인 것으로 보인다. 한편, 정부제출 법률안의 처리 흐름은 조금 다른 양상을 보인다[그림 2-3].

[그림 2-3] 정부제출 법률안 처리 현황



앞의 두 경우와는 달리 수정안과 원안은 일정한 ‘M’자형을 보이고 있으나, 국회 회기별 시간차는 존재하는 것으로 나타난다. 즉, 제16대 국회에서 수정안은 다른 회기와는 달리 저조한 처리율을 보였으며, 원안은 제16대 국회뿐만 아니라 제17대 국회까지 낮은 처리율을 보여주고 있다. 특히 정부 원안과 대안반영은 제18대 국회에서 정점을 보인 후 제19대 국회에서 급격하게 감소하고 있다. 정부안이 원안대로 처리된다는 것은 국회가 행정부 견제 기능보다는 행정부 수장의 입법의지를 충실히 반영하고 있다고 해석할 수 있다. 같은 단점정부이지만 제19대 국회에서는 정부제출안의 처리비율이 제18대 국회보다 현저히 감소하고 있다.

제19대 국회의 법안처리비율이 감소하는 것은 그 전부터 보여져 온 흐름과 맥을 같이 하는 것으로서 수치상으로는 특별히 국회 기능이 마비되거나 ‘식물국회’라는 비판을 받을 정도로 공전상태에 있었던 것이 아니었다. 법률안 의원발의건수는 1만 6천 건이 넘었는데, 이는 어느 회기보다도 가장 높은 수치를 나타내는 것이다. 그리고 의원발의안 처리비율도 18대 국회와 별반 다르지 않은 40% 정도로 나타나고 있다.

제19대 국회가 입법교착상태로 인해 아무것도 하지 못하고 공전상태만 있었던 것으로 여겨지는 것은 정부와 여당이 소위 쟁점법안이라고 하는 법안들을 처리하기 위한 제도적 출구가 막혀있었던 데에서 기인하는 것이다. 통상 쟁점법안은 정부가 반드시 통과시키고자 추진하는 법안을 말하며, 야당과 합의가 어려운 정치적 쟁점사항이 담긴 경우가 대부분이다. 따라서 쟁점법안을 처리하기 위해서는 여당과 야당 간의 법안 주고받기를 통해 합의점을 모색하게 된다. 그러나 여·야 간 합의가 이루어지지 않는 경우 대체적으로 여당은 국회의장에게 직권상정을 요청하게 된다. 국회선진화법이 개정되기 전에는 국회의장이 직권상정을 하는데 별다른 제한조건이 없었지만, 추가된 개정안에는 직권상정을 하기 위한 조건들이 명시적으로 열거되어 있으며, 이를 충족하지 못하는 한 직권상정을 자의적으로 실행할 수 있는 법적 근거가 사라지게 된 것이다.

(3) 정파 논리에 따른 졸속입법

2012년도 국회법 개정안을 추진할 당시 이 법 시행으로 인해 파생될 수 있는 문제점을 예견할 수 있는 의원은 많지 않았던 것으로 보인다. 특히 신속처리절차의 찬성의결정족수와 관련하여 주호영 의원은 헌법재판소 공개변론에서, “신속처리절차는 소수당과의 협의 고려 없이 제정되었다. 심의과정에서 당시 한나라당 원내대표(황우여 의원)가 ‘지금 말하면 야당이 반대한다. 이 장치 속에 시간만 지나면 한발씩 나가는 장치가 묻혀져 있으니 나만 믿고 따라와라. 동물국회보다는 식물국회가 낫지 않느냐’라고 말했다.”고 진술했다. 이와 같은 발언으로 미루어 볼 때 당시 국회선

진화법을 개정할 당시 투표에 찬성한 의원들은 그 내용을 충분히 숙지하지 못한 상태에서 원내대표의 결정에 상당 부분 의존했다는 것을 알 수 있다.

2012년 5월 국회선진화법이 가결될 당시에는 제19대 국회의원 선거를 치루고 제20대 국회가 개원하기 바로 직전이었다. 당시 투표에 참석한 의원은 제18대 국회 소속 의원들로서 당시 원내정당 분포는 한나라당 153석(비례 22석 포함), 통합민주당 81석(비례 15석 포함)을 각각 차지하고 있었다. 한나라당은 제18대 국회 의원정수 299석의 과반수 이상을 차지하는 이른바 원내 제1당으로서의 독점적 지위를 가지고 있었다. 그러나 2012년 4월 제19대 국회의원 선거를 앞두고 한나라당 내부에서는 국회 과반 의석을 차지할 수 없다는 비관론이 우세했고, 이러한 상황에서 논의되고 있었던 국회선진화법은 야당이 과반수를 차지하게 될 경우를 대비한 일종의 보험성 혹은 야당 독주를 견제하기 위한 법안의 성격이 짙었다. 그러나 제19대 국회의원 선거 결과 당초 예상과는 달리 한나라당(새누리당 → 現 자유한국당+바른정당)이 152석, 통합민주당(민주통합당 → 現 더불어민주당)이 127석을 차지하면서 한나라당은 원내 제1정당의 지위를 그대로 유지할 수 있었다. 2012년 12월, 제18대 대통령 선거에서도 역시 새누리당이 정권을 획득하면서 국회 과반수 의석을 차지하고 있던 한나라당과 대통령의 소속 정당이 일치하는 단점정부 형태가 지속되었다.

선거에서 과반을 획득한 새누리당은 총선 이후 국회선진화법을 추진할 동력을 상당부분 상실했다. 국회선진화법은 새누리당 총선 공약으로 제시되었기 때문에 일방적으로 파기할 수 없는 상태에 놓여 있었다. 한편으로는 제18대 국회 임기 종료를 앞두고 국회의원들의 국회 운영에 대한 관심도는 이미 상당히 떨어진 상황이었다. 주호영 의원은 헌법재판소 공개변론에서 “당시 원내대표단이 개정안은 국회폭력을 완전히 추방할 수 있을 뿐만 아니라 일정 기간이 지나면 입법절차의 다음 단계로 자동적으로 이행되도록 하는 보이지 않은 출구 조항이 마련되어 있어서 쟁점법안 처리에 오히려 시간이 더 단축된다고 다른 의원들을 오도하는 바람에..

.”⁴⁶⁾라고 진술했다. 이는 당시 상당수 의원들이 법안의 성격이나 문제점을 검토할 시간도 없이 원내지도부의 의견에 동조했다는 것을 시인하는 대목이기도 하다. 국회선진화법은 제18대 국회에서 보여준 각종 폭력사태에 대한 일종의 면책성 법안이자, 임기 종료를 앞둔 국회의원들이 내용을 제대로 숙지하지 못한 상황에서 선심성으로 법률안을 통과시킨 것으로 볼 수 있다.

국회법 개정안이 가결된 이후 제19대 국회는 입법교착상태가 심화되었다는 비판에 직면하게 된다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 국회 입법교착상태는 국회의장 직권상정제도와 뚜렷한 상관관계가 없으며, 제19대 국회 법안 처리비율도 전체 평균을 상회하는 수준이라는 점에서 교착상태가 아니었음을 확인했다. 다만 단점정부 하에서 법안 처리 주도권을 가질 것으로 기대했던 새누리당이 새롭게 개정된 조항으로 말미암아 야당의 협의 없이는 국회 운영일정조차 잡을 수 없다는 사실을 발견하게 되면서 문제점을 인지하게 된 것이다. 결국 국회 공전사태를 해결하기 위한 유일한 방법은 사법심사를 통한 법적인 문제 해결이라는 결론에 이르게 된다. 헌법재판소에 사건을 의뢰한 청구인측 대표 주호영 바른정당(前 새누리당) 의원은 공개변론에서 다른 방법이 없다는 말로 이와 같은 상황을 직·간접적으로 진술하고 있음을 알 수 있다.

2. 언론 보도 경향

국회선진화법 논의가 진행될 때 언론⁴⁷⁾은 상반된 견해를 보였다. 2012년 국회선진화법이 본회의에서 통과된 후, 동아일보, 중앙일보 및 조선일보는 소수의 입법방해가 제도화되면서 민주주의에 역행한다고 비판했다. 또한 소수정당에 의해서 국회가 제대로 작동하지 못할 것이라고 비판했다. 반면 한겨레신문과 경향신문은 국회가 그 동안 보여준 국회 폭력 사

46) 2016. 1. 28. 공개변론. 헌법재판소 대심판정. 주호영 의원 최후진술.

47) 2008.5.30.~2012.5.29.(제18대 국회) 기간 동안 “국회 몸싸움”으로 검색, 총 757건의 기사 중 언론 논조 및 주요단어 정리

태를 방지하는데 더욱 큰 의미를 부여하고 이 법의 시행을 찬성하는 논조를 보였다. 그러나 큰 틀에서는 이 법의 시행이 “의회 독재”를 양산할 수 있다는 우려가 제기되고 있었다.

한 사실에서는 “한나라당이 국회 운영 과정에서 단상 점거나 몸싸움을 못하도록 국회법 개정을 추진키로 한 것은 또 다른 의구심을 낳는다. 물론 물리적 충돌은 가급적 자제돼야 하겠지만 이를 법으로 규제하겠다는 발상은 거대 여당의 존재를 앞세운 전형적 힘의 논리다. 균형을 상실한 여야 관계에서 이런 편의주의적 접근은 이른바 ‘다수결 독재’를 낳기 십상이라는 점에서 위험천만한 일이다. 여당이 힘의 정치 유혹을 떨치지 못하는 한 진정한 대의민주주의의 복원은 요원할 것(경향신문 사설, 2008.7.20).”이라면서 법 시행의 문제점을 지적하기도 했다.

언론의 논조를 검색한 결과 국회선진화법과 관련한 주요단어는 ‘폭력’, ‘졸속입법’, 그리고 ‘다수파의 독재’ 등으로 요약된다.

3. 판결문에 나타난 반응성 및 사법자제 판단

언론 기사에서 주로 등장했던 단어는 헌법재판소 판결문에도 인용되고 있다. 그러나 이 사건은 개인의 권리구제나 법률의 위헌사항을 심판하는 것이 아니라 법률의 제·개정행위를 판단하는 권한쟁의심판으로 헌법소송이 제기되었다는 점에 주목할 필요가 있다. 헌법재판소는 기존의 판결에서 입법행위와 관련한 사건을 판단할 때에는 국회의 자율성과 입법형성권에 개입하지 않는다는 원칙을 보여주고 있다. 이러한 경향은 이 사건을 판단할 때에도 유지되고 있다. 특히 이 사건은 청구소송의 결격사유로 인해 본안심리에 적합하지 않다는 이유로 각하 결정이 내려졌다.

(1) 판결문에 나타난 반응성 분석

언론에 많이 노출된 단어는 국회 폭력과 의회 독재라는 단어였다. 국회

폭력은 관련 법률안을 충분히 심의하지 않았다는 비판이 내포되어 있다. 헌법재판소는 판결문에서 “적시에 제·개정되지 않는 자연입법도 문제지만, 충분한 토론과 논의가 이뤄지지 않은 채 성급히 진행된 졸속입법 역시 문제”⁴⁸⁾라고 하면서 반복되는 국회 폭력 사태의 문제점을 지적하고 있다.

한편, 국회에서 다수결의 원리를 강조하는 의회의 입법행태에 대해서도 지적한 부분이 나오고 있다. 헌법재판소는 “국회 재적의원 과반수가 요구하면 국회의장이 의무적으로 해당 법안을 본회의에 상정하여야 한다는 의견은, 다수와 의원들이 원하는 법안은 상임위원회의의 논의 등 모든 입법 절차를 생략한 채 본회의를 통과할 수 있어야 한다는 결론에 도달하는 것으로서 다수파의 독재를 허용하여야 한다는 것과 다름없고, 이는 결국 국회 의사의 형성과정에서 소수의 참여 및 토론과 설득의 기회를 배제하자는 것이어서 오히려 다수결의 원리의 정당성 근거를 정면으로 부인하고 있는 것”⁴⁹⁾이라고 강조하고 있다.

그러나 권한쟁의심판은 기존의 판례 경향이 유지되고 있기 때문에 반응성의 측면에서 언론이나 국민여론이 직접적으로 판결문에 반영되었다고 해석하기에는 무리가 있다. 다만 헌법재판소는 법률의 제·개정 행위에 대한 판단은 입법부 재량사항이자 자율성의 영역이라는 점에서 본안심리를 거부하거나, 혹은 본안심리 단계에 이르러도 사법적 판단을 자제하는 경향을 보이고 있다는 점을 확인할 수 있었다.

(2) 각하 결정을 통한 사법자제

헌법재판소는 국회선진화법에 관한 특정 법률 조항에 대한 판단은 권한쟁의심판의 판단 대상이 되지 못한다는 점과 그러한 조항이 판단 대상이 되지 못하므로 국회의원의 심의·표결권 침해도 발생하지 않는다는 논리로 각하 결정을 내렸다.

이와 같은 논리는 판결문에서 찾아볼 수 있는데, 헌법재판소는 “이 사

48) 헌재 2016. 5. 26. 2015헌라1, 판례집 28-1하, 194.

49) 헌재 2016. 5. 26. 2015헌라1, 판례집 28-1하, 194.

건 표결실시 거부행위 당시 서비스산업발전 기본법안의 소관 위원회인 기재위 위원은 총 26명으로 청구인 나성린은 재적위원 과반수에 못 미치는 11명의 위원이 서명한 신속처리안건지정동의를 피청구인 기재위 위원장에게 제출한 사실이 인정되므로, 기재위 소속 위원들에게 위 신속처리안건지정동의를 표결할 권한 자체가 발생하지 아니하였음을 알 수 있다. 따라서 이 사건 표결실시 거부행위로 인하여 청구인 나성린의 신속처리안건지정동의에 대한 표결권이 직접 침해당할 가능성은 없다고 할 것이다.” 면서, “이 사건 표결실시 거부행위 자체만으로는 기재위 소속 위원인 청구인 나성린의 신속처리안건지정동의에 대한 표결권을 침해하거나 침해할 위험성이 없으므로, 이 사건 표결실시 거부행위에 대한 심판청구는 부적법하다.”⁵⁰⁾고 판단했다.

또한 입법부작위에 대한 위헌 판단에 대해서도 “헌법의 명문규정이나 해석상 국회 재적의원 과반수의 요구가 있는 경우 국회의장이 심사기간을 지정하고 본회의에 부의해야 한다는 의무는 도출되지 않으므로, 국회법 제85조 제1항에서 이러한 내용을 규정하지 않은 것이 다수결의 원리, 나아가 의회민주주의에 반한다고도 볼 수 없다.”⁵¹⁾고 결정했다.

또한 헌법재판소는 국회 입법교착상태를 해결하기 위해서는 국회의 운영방식을 개선하거나 협상과 토론을 통한 정치문화를 정착하는 것이 필요하다고 지적하고 있다. 즉 국회 입법교착상태의 해결은 국회 스스로 풀어야 할 영역이라고 강조하고, 사법심사가 정치적 목적으로 이용되는 것을 경계하고 있다. 헌법재판소는 “상임위원회에서의 입법교착상태로 인해 의결에 이르지 못하는 입법기능장애가 야기될 수는 있다. 그러나 이러한 입법교착상태는 상임위원회의 위원이 여야 동수(同數)로 구성되거나 법제사법위원회위원장을 야당에 배분하는 관행 내지 여야 정치력의 부재 등으로 인해 발생하는 것이지 입법절차를 규율하고 있는 국회법 자체로부터 발생하는 것은 아니다. 이는 국회 내부에서 민주적인 방법으로 대화와 토론, 설득과 타협을 통해 스스로 해결해야 할 문제이다. 만일 제

50) 헌재 2016. 5. 26. 2015헌라1, 판례집 28-1하, 187.

51) 헌재 2016. 5. 26. 2015헌라1, 판례집 28-1하, 172.

도적인 미비가 그러한 입법교착상태에 영향을 미치고 있다고 한다면 헌법 및 법률에 정해진 법률의 제·개정절차에 따라 제도개선을 함으로써 민주적이고 자율적인 방법으로 입법의 잘못이나 결함을 스스로 바로잡아야 하지, 이 사건처럼 국회의 다수파 의원들이 권한쟁의심판을 통하여 이를 해결하려고 하는 것은 바람직하지 않다. 헌법재판소가 이러한 문제에 개입하게 되면 국회의원이 민주적이고 자율적인 방법으로 해결책을 찾으려는 노력 대신 번번이 사법적 수단에 의존하게 될 것이라는 우려를 떨쳐버리기도 어렵다.”⁵²⁾

국회선진화법에 대한 각하 결정으로 헌법재판소는 국회 절차와 관련한 법률안 제·개정행위는 사법심사 대상이 될 수 없다는 점을 명확히 했다. 헌법재판소는 기존의 판례를 통해 “국회는 어떠한 사항에 대하여 언제, 어떻게 입법할지 여부를 스스로 판단하여 결정할 입법형성의 자유를 가지며, 법안심의를 위한 의사절차와 규칙을 스스로 결정할 수 있는 자율권을 가지고 있다(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2 참조).”라고 결정했다.

국회선진화법에 관한 사법적 쟁점사항에 대해 헌법재판소는 “입법부작위의 위헌 여부와 국회법 제85조 제1항은 아무런 관련이 없고, 그 위헌 여부가 이 사건 심사기간 지정 거부행위에 어떠한 영향도 미칠 수 없다. 나아가 헌법실현에 관한 1차적 형성권을 갖고 있는 정치적·민주적 기관인 국회와의 관계에서 헌법재판소가 가지는 기능적 한계에 비추어 보더라도, 헌법재판소가 근거규범도 아닌 이 사건 입법부작위의 위헌 여부에 대한 심사에까지 나아가는 것은 부적절하므로 그 심사를 최대한 자제하여 의사절차에 관한 국회의 자율성을 존중하는 것이 바람직하다.”⁵³⁾고 지적하고 있다. 또한 판결문에서는 “국회법 제85조 제1항 제3호가 각 교섭단체대표의원과의 합의가 있는 경우를 국회의장의 심사기간 지정 사유로 규정한 이유는 국가적으로 반드시 처리해야 할 주요 법안이거나 안건을 긴급히 처리할 필요가 있는 경우 또는 교섭단체를 구성하지 못한 군소정당의 극한적 투쟁으로 안건의 처리가 지연되는 경우에 대비하여 교섭단체대표의원

52) 헌재 2016. 5. 26. 2015헌라1, 판례집 28-1하, 192.

53) 헌재 2016. 5. 26. 2015헌라1, 판례집 28-1하, 172.

들 간의 합의로 해당 안건을 책임 있게 처리할 수 있도록 하고자 함에 있다. 이는 각 교섭단체의 의사를 대표의원을 통하여 국회운영에 반영할 수 있는 의사절차를 스스로 정한 것으로서 국회의 의사자율권의 내용에 속한다고 할 것”⁵⁴⁾이라고 강조하고 있다. 즉 국회에서 여·야 간의 합의로 제정된 법률에 대한 이견이 발생할 때 이를 해결하는 방법은 사법적 심사가 아닌 국회의 자율적인 토론과 합의라는 점을 재차 강조하고 있는 것이다.

4. 소결: 제도적 정당성 강화

국회 내 절차를 통해서 문제를 제기할 통로가 막힌 경우 헌법소송을 제기할 수 있다. 국회선진화법은 국회 다수당 소속의원이 국회가 제정한 법률이 국회의원의 심의·표결권을 침해한다는 이유로 소송을 제기하면서 비롯되었다. 이에 대해 헌법재판소는 심사기간 지정 거부행위와 같은 입법부작위의 위헌 여부를 심사하는 것은 부적절하며 그러한 심사를 최대한 자제하여 의사절차에 관한 국회의 자율성을 존중해야 한다고 결정하면서 본안 심사를 거부했다. 청구인과 피청구인이 국회의원일 경우 헌법재판소는 국회 내부의 의사절차의 자율성을 최대한 존중해야 한다는 입장을 유지하고 있다. 국회선진화법과 관련하여 헌법재판소는 헌법 해석이라는 본연의 임무는 수행하지만, 국회내부의 절차와 법률의 제·개정 행위에 대한 판단과 그로 인한 책임은 최소화하고 있다는 점에서 사법자제 판결로 해석될 수 있다. 이러한 사법자제 판결은 헌법재판소의 반응성과 책임성은 축소시키지만 제도적 정당성은 유지하는 효과를 보인다고 할 수 있다.

54) 헌재 2016. 5. 26. 2015헌라1, 판례집 28-1하, 191.

Ⅲ. 선거구 획정안(공직선거법 개정안) 논의

공직선거법 개정안 헌법소송은 개인의 침해된 권리를 구제하기 위한 헌법소원심판 형태로 청구되었는데, 이는 법률의 제·개정 절차보다는 법률의 위헌 여부를 판단하고 침해된 권리를 회복하는데 중점을 두고 재판이 진행되었다는 것을 의미한다.

헌법재판소는 선거구 획정 판결[2014. 10. 30. 2012헌마190·192·211·262·325, 2013헌마781, 2014헌마53(병합)]을 통해 선거구를 개편할 법적 근거를 제시했고, 이후 국회는 새롭게 마련된 인구편차 기준에 따른 공직선거법을 개정해야만 했다. 헌법재판소는 인구 편차 기준의 가이드라인을 제시하고 청구인들의 선거권 및 평등권을 침해한다는 판결을 내렸다. 이러한 판결 결과만을 놓고 보면 헌법재판소가 사법적극주의 판결을 내렸다고 해석할 수 있다. 그러나 인구 편차의 가이드라인을 제시했지만, 최종적인 선거구 구획 설정은 국회의원의 정책적 판단에 맡겼으며, 선거구 획정안이 마련될 때까지 법의 공백이 발생할 것을 우려하여 입법시한을 제안하고 그 동안은 기존의 선거구구역표를 적용하는 헌법불합치 결정을 내리고 입법영역의 자율성을 확보하고 있다는 점에서 사법자제 판결로 볼 수 있다. 여기에서는 헌법재판소 결정 이후 입법시한까지 국회가 어떠한 논의를 거쳤는지 그 과정도 함께 검토하고 있다.

1. 선거구 획정안(공직선거법 개정안) 사건의 헌법소송 발단 및 쟁점사항

선거구 획정과 관련한 헌법소송은 한 개인이 광주광역시의 인구가 2012년 1월 기준으로 146만 여명으로 대전광역시의 151만 여명 보다 적은데도 선거구 수는 대전보다 2개가 많은 등(광주 8곳, 대전 6곳) 표의 등가성 원칙을 위반하고 있다며 헌법소원을 제기한데서 비롯되었다. 이어서 2013년 11월 13일 정우택 자유한국당(前 새누리당) 당시 최고위원이 헌

법재판소에 충청권 국민 참정권 제한 등의 이유로 지역선거구에 대해 헌법소원심판을 청구하였다. 정우택 의원은 “충청권 인구는 526만8000여명인데 국회의원 숫자는 25명에 불과한 데 비해 인구가 보다 적은 호남권 국회의원 수는 30명에 이른다”며 “이는 충청권 국민의 참정권 제한 및 헌법상 평등 원칙 위반”⁵⁵⁾이라고 주장했다.

이 소송 이전에도 개인별, 혹은 단체별로 선거구의 인구등가성이 개인의 참정권을 침해한다는 이유로 5건 이상의 헌법소송이 제기되었다. 그동안 헌법재판소에 청구된 선거구 관련 사건은 총 15건이며, 심판 대상이 되었던 공직선거법 개정안은 그 동안 제기되었던 헌법소송 7건을 병합 심사한 결과이다[표 2-5].

[표 2-5] 헌법재판소 선거구 관련 판결 목록⁵⁶⁾

번호	사건번호	사건명	종국결과	종국일자
1	2000헌마92 2000헌마240	공직선거및선거부정방지법 [별표1] ‘국회의원지역선거구구역표’ 위헌확인	헌법불합치	2001.10.25
2	2005헌마985 2006헌마11 2005헌마1037	공직선거법 제26조 제1항에 의한 별표2 위헌확인	헌법불합치	2007.8.29
3	2006헌마67	경상북도 시·군의회의원 선거구와 선거구별 의원정수에 관한 조례 별표 위헌확인	헌법불합치, 기각	2009.3.26

55) “새누리 정우택 ‘충청권 의석수 늘리기’ 헌법소원”(경향신문 2013.11.14.)

56) 헌법재판소(<http://www.ccourt.go.kr>) 판례 검색 재정리

4	2006헌마240 2006헌마371	충청남도 시·군의회의원선거구와 선거구별 의원정수에 관한 조례중 별표2 위헌확인	헌법불합치, 기각	2009.3.26
5	2012헌마190 2012헌마192 2012헌마211 2012헌마262 2012헌마325 2013헌마781 2014헌마53	공직선거법 제25조 제2항 별표1 위헌확인	헌법불합치, 각하	2014.10.30

2014년 10월 30일 헌법재판소는 인구등가성의 원칙을 강조하며, ‘각 국회의원 선거구 사이 인구편차가 2대 1을 넘지 않아야 한다’는 의견을 제시하며 선거구 헌법불합치 결정을 내렸다. 이 사건의 쟁점사항은 공직선거법 제25조 제2항 국회의원지역선거구구역표 중 ‘대전광역시 동구 선거구’ 부분, ‘경기도 수원시 병선거구’ 부분, ‘경기도 용인시 갑선거구’ 부분, ‘경기도 용인시 을선거구’ 부분, ‘충청남도 천안시 갑선거구’ 부분, ‘충청남도 천안시 을선거구’ 부분, ‘충청북도 청주시 상당구 선거구’ 부분, ‘서울특별시 강남구 갑선거구’ 부분, ‘서울특별시 강서구 갑선거구’ 부분, ‘인천광역시 남동구 갑선거구’ 부분이 국회의원 지역선거구들 사이에 허용되는 인구편차의 범위를 벗어나서 청구인들의 선거권 및 평등권을 침해하는지 여부였다. 그리고 이러한 선거구구역표의 일부에 위헌적 요소가 있는 경우 선거구구역표 전체를 위헌이라고 할 수 있는지에 관한 사항이 주요 심사대상이 되었다.

헌법재판소는 일부 지역선거구들 사이에 허용되는 인구편차의 범위가 청구인들의 선거권 및 평등권을 침해한 것으로 판단했고, 선거구구역표 일부의 위헌적 요소가 발견된 이상 전체 선거구구역표 역시 위헌이라고 판단했다.

2. 언론 보도 경향

선거구 획정을 보도하는 언론⁵⁷⁾의 논조는 국회의원 행태와 의정활동에 대한 비판과 연결되고 있다. 주요 언론에서는 국회의원 선거구 획정뿐만 아니라 국회의원연금, 보좌진 증원 등과 같은 국회의원의 신분과 활동 지원에 관한 본인들의 이익을 챙기는데 더 급급하다는 비판을 제기하고 있었다. 특히 선거구 획정과 관련하여 헌법재판소가 권고한 것처럼 선거구 간 인구편차가 2대 1 수준으로 줄여나가야 한다고 제안하는 사실도 나오고 있었다.⁵⁸⁾

이러한 논조는 선거제도의 전반적인 개편에 대한 기대감으로 나타나고 있다. 승자독식의 폐해가 심한 ‘소선거구 단순다수대표제’ 보다는 중대선거구제나 동농복합선거구제 같은 대안이 검토되어야 한다는 견해도 제시되고 있다. 특히 대도시에선 중대선거구, 중소도시 이하에선 소선거구제를 택하는 동농복합선거구제는 도농간 불균형을 좁히는 방안으로 검토될 수 있다는 의견도 나타나고 있다(경향신문 2014.10.30.).

이와 같이 언론에서는 선거구 획정 기준을 보다 엄격히 해석하는 것이 당연하다는 입장을 보였으며, 나아가 선거제도를 총체적으로 검토하는 것도 필요하다는 의견을 제시했다. 그러나 이러한 개혁을 국회 스스로 추진할 수 없는 제도적 한계를 지적하고 독립된 국회의원선거구획정위원회가 구성되어야 한다고 강조했다. 선거구 획정에 관한 언론 논조를 볼 때 인구편차 기준변경에 찬성하는 여론이 어느 정도 형성되어 있다고 볼 수 있다.

3. 판결문에 나타난 정치규범의 해석

공직선거법 개정안에 대한 헌법재판소의 헌법불합치 결정은 기존의 판

57) “국회의원 선거구 획정”으로 검색(2012.2.29.~2014.10.30.), 관련 언론 기사 70건 중 주요 사실 논조 정리

58) “고차방정식 선거구 조정, 인구변동 꼭 반영해야”(동아일보 2013.10.16.)

례를 통해 그 입장을 재확인한 것이고, 인구비례 원칙을 보다 엄격하게 해석한 것이라 하겠다. 헌법 제41조 제3항에서는 선거구 등의 선거에 관한 사항을 법률로 정할 수 있도록 함으로써 선거제도와 선거구 획정을 국회의 재량에 맡기고 있고, 이에 공직선거법 제25조 제1항 전문은 “국회의원지역선거구는 시·도의 관할구역 안에서 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 이를 획정”한다고 하여 국회가 국민의 대표를 뽑는 선거구를 획정함에 있어서는 선거구간 인구의 균형뿐만 아니라, 행정구역, 지세, 교통사정, 생활권 내지 역사적·전통적 일체감 등 여러 가지 비인구적 요소를 고려할 수 있도록 하고 있다(헌재 1998. 11. 26. 96헌마54 참조). 또한 헌법재판소는 2001년 결정을 통해 선거구 획정에 선거구 간 허용되는 인구편차 기준에 대해 기존의 허용인구편차 기준인 상하 60% 기준(인구비례 4:1)을 위헌으로 선언하고, 새로운 기준으로 상하 50% 기준(인구비례 3:1)을 제시한 바 있다.⁵⁹⁾

국회에서 선거구 획정 논의가 시작된 것은 헌법재판소가 선거구 획정과 관련하여 인구편차 허용 기준인 상하 33⅓%를 보다 엄격하게 해석하면서 비롯되었다. 헌법재판소는 인구편차 상하 33⅓%를 넘어 인구편차를 완화하는 것은 투표가치의 불평등을 야기할 수 있으며 이는 대의민주주의 관점에서 바람직하지 않다고 판단했다.⁶⁰⁾ 헌법재판소는 국회의원의 지역대표성보다 투표가치의 평등이 더 우선시되어야 한다고 강조했다. 선거구 구획 설정과 관련하여 투표가치의 평등과 지역대표성이 헌법재판소 판결의 중요한 기준으로 제시되었는데, 선거와 투표는 국회를 구성하는 가장 기본적인 작동기제이자 정치과정의 핵심적인 영역이기도 하다.

(1) 투표가치의 평등에 관한 규범적 논의

투표가치의 평등에 대한 헌법재판소의 관점은 판결문을 통해 드러나고 있다. 헌법 제41조 제1항⁶¹⁾은 국민의 대표를 선출할 때 국민 개개인이

59) 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92·2000헌마240

60) 헌재 2014. 10. 30. 2012헌마192 등, 판례집 26-2상, 668.

행사하는 투표의 가치가 수에 있어서 뿐만이 아니라 그 성과에 있어서도 동일하여야 한다는 평등선거원칙을 선언하고 있다. 이는 마넵(Manin)이 말하고 있는 비례적 평등을 의미하는 것이며, 투표가치의 평등은 산술적 평등뿐만 아니라 비례적 평등까지 포괄하는 개념으로 볼 수 있다.

투표는 집단지성에 대한 신뢰를 전제로 한다. 다수제 등의 제도는 투표 절차에 대한 합리화와 동의를 구하는 과정으로서 기본적으로 투표 자체에 대한 신뢰를 기반으로 하고 있다. 고대 그리스 국가와는 달리 국가의 특성상 모든 국민이 공적인 영역에 참여할 수 있는 시간과 에너지는 제한적일 수밖에 없다. 고대 그리스 국가조차도 현재 논의되고 있는 대표의 유형이 나타나고 있다는 점에서 완벽한 직접민주주의는 하나의 이상형에 불과할 수도 있다. 한스 켈젠(Hans Kelsen)이나 시에예스(Sieyes)는 투표를 노동 분업의 일환으로 보고 있다. 켈젠은 통치자와 피치자 사이의 정치적이면서도 합리적인 관계를 노동 분업 원리를 통해 정당화하려는 것으로 파악하고 있다. 시에예스 역시 대의민주주의는 상업사회에서 노동 분업의 원리를 실현할 수 있는 효율적인 체제라고 보았다. 투표는 선거를 통해 대표자와 피대표자의 관계를 파생하게 되고, 이는 대표(representation)의 개념과 연결된다. 대표와 투표는 양자 모두 선거에 의해서 구현된다. 그러나 대표는 선거를 통해 나올 수 있지만, 한편으로는 선거에 기초하지 않은 모습으로 구현될 수도 있다. 협의의 의미로 대표와 투표를 해석하게 되면 역으로 정치참여의 원리가 배제되는 현상이 발생할 수 있다.

민주주의는 시민의 이익에 정부가 반응하는 것뿐만 아니라 각 시민들의 이익을 평등하게 고려하는 것, 그리고 민주적 참여가 평등해야 함을 의미하는 것이기도 하다(Verba, Schlozman, and Brady 1995, 1). 투표는 이러한 민주주의 이상을 실현할 수 있는 하나의 제도이다. 그러나 참여를 통해 표출되는 사람들의 목소리는 제한적이기 때문에 현실적으로 모두가 대표될 수는 없다. 민주주의가 가지고 있는 이상적인 모습은 모두

61) 헌법 제41조 제1항 국회는 국민의 보통, 평등, 직접, 비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다.

의 선호를 동등하게 고려하는 것이지만, 현실적으로 참여가 제한되는 등 그 양상은 이상과 다르게 운영되고 있다. 한국은 선거일 기준 만19세 이상의 성인이라면 누구나 선거권을 가지고 있지만, 전체적인 투표율에 상응해 연령별 그리고 지역별로 투표율이 어떻게 나타나느냐에 따라 참여의 범위가 달라지고, 그 결과 투표가치는 다르게 산정된다. 투표행태를 분석할 때 연령과 지역 등이 주요한 요인으로 분석되고 있는데, 특히 도시와 농촌의 투표율은 연령별로 다르게 나타난다. 선거일 기준 만19세 이상인 성인은 투표권을 가지지만, 투표에 참여하지 않은 유권자의 선호는 제도의 특성상 배제되고, 투표에 참여한 유권자의 이익은 가중되어 투표가치의 평등이 왜곡되어 나타날 가능성이 커지게 된다.

헌법재판소는 판결을 통해, “인구편차 상하 33⅓%를 넘어 인구편차를 완화하는 것은 지나친 투표가치의 불평등을 야기하는 것으로, 이는 대의민주주의의 관점에서 바람직하지 아니하고, 국회를 구성함에 있어 국회의원의 지역대표성이 고려되어야 한다고 할지라도 이것이 국민주권주의의 출발점인 투표가치의 평등보다 우선시 될 수는 없다”⁶²⁾고 판단했다. 헌법재판소는 인구 편차라는 단일 기준을 통해 투표가치를 측정했고 나아가 대의민주주의와 국민주권주의라는 거대담론을 제시하고 있다. 한편, 판결문 반대의견에서는 “인구편차의 허용기준을 완화하면 할수록 과대대표되는 지역과 과소 대표되는 지역이 생길 가능성 또한 높아지는데, 이는 지역정당구조를 심화시키는 부작용을 야기할 수 있다. 같은 농·어촌 지역 사이에서도 나타날 수 있는 이와 같은 불균형은 농·어촌 지역의 합리적인 변화를 저해할 수 있으며, 국토의 균형발전에도 도움이 되지 아니한다.”⁶³⁾라고 지적하고 있다.

헌법재판소는 국회의원선거에 있어 지역선거구를 정하는 문제는 기본적으로 입법자의 재량에 맡겨져 있다고 보고 있으나, 선거구 획정이 헌법적 통제로부터 자유로울 수 없다는 점을 명확히 하고 있다.⁶⁴⁾ 그렇다면 헌법적 통제란 무엇이며, 입법자를 제한할 수 있는 범위는 어디까지인가

62) 헌재 1998. 11. 26. 96헌마74등; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등

63) 헌재 2014. 10. 30. 2012헌마192 등, 판례집 26-2상, 669.

64) 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92·2000헌마240

라는 의문이 제기될 수 있다. 켈젠은 정치와 법의 관계에 대해, 정치를 세 가지 수준으로 구분하고 있다(Tropper 1999, 95). 첫째, 이해의 충돌을 해결하는 모든 결정은 정치적이다. 둘째, 가치의 선택 혹은 상이한 규범들 사이에서의 선택은 정치적이다. 셋째, 정파적 고려에 의한 결정은 모두 정치적이다. 선거구 획정과 관련한 헌법재판소의 결정은 지역대표성과 투표가치의 평등이라는 정치학적 규범들을 두고 선택을 했다는 점에서 지극히 정치적인 결정이라고 볼 수 있다.

(2) 대표성의 실현에 관한 현실적 논의

헌법재판소는 판결문을 통해 “국회의원이 지역구에서 선출되더라도 추구하는 목표는 지역구의 이익이 아닌 국가 전체의 이익이어야 한다는 원리는 이미 논쟁의 단계를 넘어선 확립된 원칙으로 자리 잡고 있으며, 이러한 원칙은 양원제가 아닌 단원제를 채택하고 있는 우리 헌법 하에서도 동일하게 적용된다. 따라서 국회를 구성함에 있어 국회의원의 지역대표성이 고려되어야 한다고 할지라도 이것이 국민주권주의의 출발점인 투표가치의 평등보다 우선시 될 수는 없다.” 이어서 “국회의원의 지역대표성은 지방자치단체의 장이나 지방의회의원이 가지는 지역대표성으로 상당부분 대체”⁶⁵⁾되었다면서 지역대표성 보다는 투표가치의 평등이 더욱 중요한 민주주의의 근간임을 강조하고 있다.

헌법재판소의 이러한 관점은 현실적인 측면에서 지역대표성의 실현을 확대 해석하고 있다고 볼 수 있다.⁶⁶⁾ 첫째, 대표성과 투표가치의 평등은 양자택일의 사항이 아니다. 민주주의는 대표와 평등의 접점을 찾아가는

65) 헌재 2014. 10. 30. 2012헌마192 등, 판례집 26-2상, 683.

66) 사법부의 정치학적 관점이 부족한 예로서 미국의 선거운동 비용에 관한 판례가 있다. 미국 연방대법원이 선거자금 기부와 지출의 문제를 민주주의 맥락에서 보지 못한 대표적 판결이 버클리 대 발레오(Buckley v. Valeo) 재판이었다. 1974년 개정된 연방선거운동법이 선거운동 비용의 상한을 설정한 것에 대해 1976년 연방대법원이 위헌 판결을 내린 것이다. 선거운동비용 제한이 헌법상 표현의 자유에 대한 위헌적 침해로 본 이 판결은 사실상 금권선거를 합법화하는 결과를 가져왔다(Robert Dahl 2001; 박수형·박상훈 역, 244).

과정이지 일방의 희생을 통해 어느 한 쪽을 선택하는 것이 아니다. 기본적으로 민주적 장은 사회관계의 갈등을 대상으로 한다. 다양한 이해관계에 둘러싸여 있는 갈등의 매듭을 풀기 위해서는 최적의 균형을 찾기 보다는 최소한의 소극적인 방법, 즉 가장 덜 불안한 해답 혹은 가장 덜 비효율적인 균형을 찾는 것이 현실적인 대안이 될 수 있다.

헌법재판소는 법 원리의 해석학적 관점을 최대한 배제하고 법 조항을 있는 그대로 적용하는 관점에 충실하고자 했다. 이는 법적인 지식과 법 조항간의 관계를 충실히 살펴보되, 법외적인 부분은 최대한 배제하고자 하는 이른바 ‘법리’ 논리를 전면에 내세우고 있는 것으로 이해할 수 있다. 그러나 선거구와 같은 첨예한 정치학적 쟁점이 헌법재판소 판결의 대상이 되고 있는 이상 헌법재판소는 실질적인 의미에서 비정치적이고 가치중립적인 판결을 내릴 수 없는 구조에 놓여 있다고 볼 수 있다.

둘째, 헌법재판소는 지방자치의 역할에 대해 과대평가함으로써 지역대표성이 현실적으로 어떻게 왜곡되고 있는지 도외시하고 있다. 헌법재판소는 판결문 반대의견에서 이와 같은 문제점에 대한 인식을 하고 있었으나 소수 의견에 그치고 있다. 반대의견이 명시된 판결문에는 “도농 간에 나타나고 있는 경제력의 현저한 차이나 인구 격차는 아직도 해소되지 않고 있어, 지역이익이 대표되어야 할 이유는 여전히 있다. 국회와 지방의회의 역할 차이, 지방자치단체의 재정자립도 등을 고려할 때 국회의원의 지역대표성은 지방자치제도가 정착된 현 시점에서도 투표가치의 평등 못지않게 여전히 중요하다. 그리고 인구편차 상하 33⅓%를 적용할 경우가 사건 선거구구역표 전체의 대부분을 재조정해야 하는데, 도시에 인구가 집중되어 있는 현재의 상황에서는 상대적으로 도시를 대표하는 의원 수만 증가할 뿐, 지역대표성이 절실히 요구되는 농어촌의 의원 수는 감소할 것이 자명하다(박한철, 이정미, 서기석 재판관의 반대의견)”⁶⁷⁾라는 의견이 제시되었다.

헌법재판소의 다수의견은 지방의회를 구성하고 있는 시·도의원 그리고 구의원의 행태에 대한 이해가 부족한 상태에서 대표성의 실현을 낙관하

67) 헌재 2014. 10. 30. 2012헌마190·192·211·262·325, 2013헌마781, 2014헌마53(병합)

고 있다. 정치후보자를 추천하기 위해 오픈프라이머리 혹은 상향식 공천 등이 민주적인 방법으로 제안되고 있다. 그러나 지방의회의원의 공천권은 해당 지역구 국회의원이 실질적으로 가지고 있기 때문에 지방의회의원에 대해 지역구 국회의원이 행사하는 권한은 절대적이라 할 수 있다. 지방의회의원이 지역민들과 지역구 국회의원의 징검다리 역할을 해 지역 대표성을 실현하는 것이 이상적이지만, 현실적으로는 지역구 국회의원의 당선 표심을 동원할 수 있는 강력한 조직이나 단체가 지방의회의원들과 긴밀히 연결되어 있고 이들 소수 대표자의 이익이 주로 반영되고 있다. 지방의회의원은 총선에서 해당지역 지역구 국회의원을 수행하고 홍보하는 역할부터 기타 다양한 업무를 담당한다. 이는 실질적 공천권을 가지고 있는 국회의원에 대한 충성경쟁으로 과열되기도 하며, 그 과정에서 다양한 이해관계와 이권이 개입되고 있다. 때로는 국회의원 사무실에서 일하던 보좌진이 공천권을 획득하고 지방선거에 출마하기도 한다. 보좌진이 최종 공천되는 과정은 대외적으로 공정성과 민주성을 표방하고 있다. 그러나 지역구 국회의원은 현직효과를 통해 조직과 인력을 독점하고 이러한 자원을 후보자 공천에 이용하고 있다. 공천을 받은 후보자가 지방선거에 당선되면 국회의원과의 긴밀한 협력은 더욱 공고해지며, 설사 선거에서 떨어지더라도 해당 지역구 조직을 총괄하면서 인맥을 관리하게 된다. 이는 진정한 의미에서 지역대표성이 실현되는 것이라고 볼 수 없다. 다시 말해 소수의 대표가 전체의 대표를 대표할 수 없다는 것이 현실적 맹점으로 지적될 수 있다. 켈젠이 국민전체의 이익을 대표할 수 없다는 점에서 대표의 허구에 대해 주장하고 있는데, 바로 여기에서 그의 주장이 상당부분 설득력이 있다고 본다.

헌법재판소에서 보고 있는 지역대표성은 구체적으로 무엇을 의미하는 것인가? 지역대표성이 무엇인지에 대한 정의가 부재한 상황에서 이 개념이 포괄하지 못하는 나머지 영역의 대표는 어떻게 정의 내릴 수 있으며 이를 실현하기 위한 방법은 무엇인가? 대표에 관한 논의는 역사적으로 다양한 관점에서 논의되어 왔다. 헌법재판소 판례에서 다루고 있는 것처럼 지역대표성이 간단하게 정리될 수 있는 사안도 아니다. 대표성은 지

역에 기반을 둔 것뿐만 아니라 직군 또한 대표할 수 있다. 그러나 직능대표제와 비례대표제는 반드시 동일한 개념이 아닐 수 있다. 켈젠은 비례대표제와 직능대표제를 구분하고 있는데, “농부 혹은 변호사라고 해서 농업 혹은 법률문제에만 이해관계가 있다고 생각할 수 없다. 결혼법이나 교회와 국가의 관계가 어떤 형태를 띠는가 하는 것 또한 그들의 관심사이며 결국 정의롭거나 실용적인 전체 질서 혹은 심지어 단지 참아낼 수 있는 전체의 질서 또한 그들의 관심사이다(홍철기 2016, 16).” 켈젠이 의미하는 비례대표제는 특정의 부분이익을 넘어서 전체의 이익을 대변할 수 있는 하나의 고리로서 작동할 수 있는 장치라고 보는 것이다. 이러한 켈젠식 관점은 비례대표제에 대한 인식을 넓히는데 지대한 공헌을 하고 있다.

핏킨(Hanna. F. Pitkin)은 대표의 개념을 역사적이고 통시적인 차원에서 접근하고 있다. 핏킨은 대표의 개념을 형식적 관점, 내용적 관점, 그리고 행위적 관점으로 분류하고 있다. 형식적 관점은 권한위임의 관점과 책임의 관점으로 다시 구분된다(Pitkin 1967, 38). 형식적 관점에서 선거는 권한위임에 의해서 대표가 형성되거나 기존의 대표가 책임을 지는 것으로 인식된다. 내용적 관점은 서술적 관점과 상징적 관점으로 구분된다. 서술적 관점은 대표자가 피대표자를 얼마나 정확하게 반영하고 있는가, 즉 유사성의 정도가 쟁점이 된다(Pitkin 1967, 60). 한편 상징적 관점은 심리적이고 정서적인 상징까지 포괄하는 범위로 확장된다(Pitkin 1967, 92). 행위적 관점은 대표하는 행위의 규범 또는 행위기준을 대상으로 한다. 이러한 행위는 피대표자의 이익을 위한 것, 단순히 대신 행위하는 것, 혹은 파견되는 것으로 구분되며 이에 따라 각기 다른 행위규범이 적용된다(Pitkin 1967, 112). 핏킨은 자유위임과 기속위임의 문제, 그리고 정치적 대표에 관한 문제까지 다양한 분석을 시도하고 있다. 핏킨은 대표자는 그가 누구인지 혹은 누구와 같은지(*he is or is like*), 또는 무엇을 하는가보다 무엇이 되는지와 같은, 즉 대표자의 속성에 기반 한다고 강조하고 있다. 그는 대표자는 다른 사람을 위해 행동하는 것이 아니라, 대표자와 피대표자와의 관계 혹은 닮음과 투영의 미덕에 의한 ‘상징(*stands*

for)’이 중요하다고 지적한다(Pitkin 1967, 61). 다양한 분야에서 전문성을 인정받은 전문가를 의회의 한 구성원으로 세우는 것은, 비록 그 대표자가 실질적으로 얼마나 대표 활동을 할 수 있는지와 별개로, 해당 직군의 의사와 이해관계가 반영되고 있다는 상징적인 의미를 가질 수 있다는 것이다.

에드먼드 버크(Burke)에게 있어 선거는 엘리트를 선출하기 위한 하나의 과정에 지나지 않았다. 그가 주장하는 ‘사실상의 대표(virtual representation)’ 개념은 유권자로부터 권한을 위임(mandate)받은 대표의 개념과는 달리, 유권자가 선출된 대표자의 자질과 능력에 자신의 주권을 위탁한 것이라고 보고 있다. 헌법 제46조 제2항은 “국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다.”라고 규정하고 있다. 국가이익은 국민 전체를 말하는 것이고, 현실적으로 다양한 국민 전체의 이해관계를 하나의 대표 하에 조직적으로 구성하기는 어려운 일이다. 한스 켈젠(Hans Kelsen)은 이를 대표의 허구, 즉 자유위임의 허구성이라고 비판하고 기속위임의 정당성을 주장하고 있다.

헌법재판소가 판단하고 있는 대표성의 실현은 위에서 우려했던 관점, 즉 대표의 허구 그리고 엘리트주의에 입각한 개념에 근거를 두고 있다. 국회의원의 대표성은 자유위임원칙임을 확인했던 헌법재판소의 판례와 선거구 확정 판결문에서 보여준 대표성의 원칙에서 알 수 있듯이 헌법재판소는 정치적 대표성의 허구와 모순을 간과하고 있다. 헌법재판소는 대표자의 자유위임을 강조하고 있는 반면, 국회는 지역구 관리의 필요성을 주장하거나 비례대표 의원들의 주장과 결합해 기속위임의 입장을 주장하고 있다.

4. 헌법불합치 결정 이후 국회 논의과정 검토

헌법재판소가 기존 선거 인구편차를 3대 1에서 2대 1로 결정하면서 국회는 선거구 재획정을 포함한 전반적인 선거제도를 재논의하기 시작했다. 개정된 선거구 획정안을 마련하고 합의하는 과정에서 주요한 행위자

는 국회와 중앙선거관리위원회 산하 국회의원선거구획정위원회⁶⁸⁾였다. 국회 내부에서는 정치개혁특별위원회가 구성되었고, 정치적 합의가 이루어지지 않을 경우 국회의장의 본회의 직권상정이 주요한 변수로 제기되었다. 그리고 공직선거법 개정안이 국회 본회의를 통과하는 과정에서 북한인권법과 테러방지법, 그리고 각종 민생법안 처리를 둘러싼 여·야간 합의가 주요한 요인으로 작용하였다.

국회는 2015년 3월 18일, 정치개혁특별위원회(위원장: 이병석, 前 새누리당 국회의원, 경북 포항)를 출범시키고, 국회 차원에서 선거구 획정 및 선거제도 전반을 개혁하기 위한 논의를 시작했다. 그러나 정치개혁특별위원회는 모두 스물일곱 차례에 걸친 회의와 토론을 거쳤지만, 별다른 성과를 도출하지 못하고 여당과 야당 간의 이견만 확인하고 활동을 종료했다. 결국 2016년 2월 23일, 국회는 국회의장의 중재와 여·야 지도부간의 합의로 지역구 253석과 비례대표 47석, 그리고 인구산정 기준일을 2015년 10월 31일로 하는 선거구 획정기준에 합의했다.⁶⁹⁾ 당초 20대 국회의원 선거구 획정안 법정 제출 기한은 2015년 10월 13일이었으나, 국회 정치개혁특별위원회에서 여당과 야당 간의 합의가 이루어지지 않아 획정안 제출이 늦어졌다. 2016년 2월 28일, 중앙선거관리위원회 산하 선거구획정위원회안이 국회에 제출되었고, 같은 날 소관 상임위원회인 안

68) 공직선거법 제24조제1항에 의거, 국회의원선거의 선거일 전 18개월부터 국회의원선거구 획정위원회를 설치, 운영할 수 있다. 선거구법률안 중 국회의원지역구의 명칭과 그 구역에 한해서는 「국회법」 제86조에 따른 법제사법위원회의 체계와 자구에 대한 심사 대상에서 제외한다(공직선거법 제24조의2 제5항)는 조항을 근거로 국회 법제사법위원회 검토보고서에서는 해당 사항에 대한 언급이 일절 없음을 알 수 있다.

69) 2016.2.28일 중앙선거관리위원회 산하 국회의원선거구 획정위원회가 국회에 제출한 획정안은 다음과 같다. 기존 재적 의원수 300명을 유지하되 지역구가 7석 늘어난 253석(분구 지역은 16개, 통합 지역은 9개, 구역조정 5곳, 자치구·시·군 내 경계조정 12곳, 선거구 명칭 변경 6곳) 비례대표는 47석이다. 선거구별 인구는 2015년 10월 31일 시점에서 상한 28만명, 하한 14만명을 기준으로 헌법재판소의 결정에 따라 지역구별 인구편차가 2대 1을 넘지 않도록 했다. 선거구별 평균 인구는 20만3천562명이며, 가장 인구가 많은 선거구는 전남 순천(27만8천982명)이고 가장 적은 선거구는 강원 속초·고성·양양(14만74명)이다.

헌정위원회에 상정되었으며, 2016년 3월 2일 법제사법위원회 체계자구 심사를 거쳐 공직선거법 개정안이 국회 본회의를 통과했다. 이는 헌법재판소가 공직선거법에 대한 헌법불합치 결정을 내린지 490여일 만이었다.

통과된 공직선거법 개정안의 주요 내용은 국회의 의원정수를 300명으로 하고, 국회의원지역구 획정기준에 관한 구체적인 사항으로서 획정의 기준이 되는 인구수의 산정 시점, 자치구 시·군의 일부 분할 금지 원칙 및 그 예외, 농산어촌의 지역대표성 반영 노력 등을 규정하고 있다. 이러한 획정기준에 따라 제20대 국회의원선거에 적용할 ‘국회의원지역 선거구구역표’가 마련되었고, 국회의원지역구 획정 지연에 따른 예비후보자의 기탁금 반환 및 등록홍보물 발송 선거사무소에 관한 경과조치와 당내경선을 위한 안심번호 제공요청 등에 관한 특례가 도입되었다.

2016년 3월 2일 국회 본회의⁷⁰⁾를 통과하기 직전, 자유토론에서는 농어촌 소속 국회의원들의 반대토론이 있었다. 이들의 공통된 주장은 인구편차에 따른 선거구 획정이 기형적인 농어촌 선거구를 만들었고, 그로 인해 선거구 면적이 불균형하게 되었으며 대표성이 심각하게 훼손될 수 있다는 것이었다. 이러한 주장은 본회의 전 상임위원회나 정치개혁특별위원회에서 논의조차 되지 않다가 본회의장에서 표결 직전에 이르러서야 문제점으로 지적되었다. 국회 논의과정에서 헌법재판소가 결정한 인구비례의 등가성 및 투표 가치의 평등과 지역대표성에 관한 정치학적 논의는 어디에서도 찾아볼 수 없었다. 공직선거법 개정안이 국회 본회의를 통과하기 직전, 농어촌 지역구 의원의 반대토론에서 이와 같은 문제점이 제기되었으나, 이마저도 지역구가 통폐합되는 지역에 속한 국회의원의 설움과 간절함을 마지막으로 호소하는 내용이 주를 이루었다.

강원도 지역구를 기반으로 하고 있는 황영철 의원은 “인구 중요합니다. 그러나 이렇게 공통 같은 선거구를 만들어 놓고 그 지역에서 선출된 국회의원이 과연 지역의 대표성 제대로 책임질 수 있겠습니까?” 라면서 지

70) 투표의원 244인 중 찬성 173인(전체 투표인원의 70.9%), 반대 35인(전체 투표인원의 14.3%), 기권 36인(전체 투표인원의 14.7%). 여·야를 막론하고 선거구 조정이 주로 발생한 농어촌 지역구 국회의원들의 반대가 주를 이루고 있었다.

역대표성의 실현에 대한 우려를 드러내고 있다(2016.3.2, 제19대 제340회 제7차 국회 본회의).

진성준 의원은 게리맨더링에 대한 우려, 그리고 선거구획정위원회의 제도적 개선책을 마련해야 한다고 강조하고 있다. 그는 “오늘 상정된 공직선거법 개정안 부칙에 포함된 서울시 강서구의 선거구 획정안은 같은 이름의 행정동을 분할해서 주민들의 인식에 혼란을 주고 특정 정당과 정치인에게 일방적으로 유리하도록 만들어진 전형적인 게리맨더링이기에…”라고 반박하면서, “여·야 각 정당이 추천한 획정위원들이 각 정당과 특정 정치인의 요구에 휘둘러서 주고받기 식의 획정안을 만들고 만 것”이라고 비판했다(2016.3.2, 제19대 제340회 제7차 국회 본회의).

장윤석 의원 역시 농어촌 지역구에 대한 불공평한 처우와 공직선거법 제25조 제1항의 개정을 강조했다(2016.3.2, 제19대 제340회 제7차 국회 본회의). 한편, 최민희 의원도 “선거구가 획정될 때 이런 주민들의 생활권역을 무시한 게리맨더링이 일어나는지 정말 알 수가 없습니다. 그리고 각 당의 정치개혁특위를 책임을 지고 있는 간사님들은 아무리 정개특위가 해체된 상황이라고 하더라도… 생활권을 무시하고 주민들이 당황하는 이런 게리맨더링을 해 놓고 그만두신 것인지…”라면서 국회 정치개혁특별위원회의 무책임한 활동에 대해 비판했다(2016.3.2, 제19대 제340회 제7차 국회 본회의).

결국 국회는 헌법재판소의 결정으로 선거구구역표를 재설정했고, 공직선거법 개정안이 최종적으로 본회의를 통과하면서 이 과정에서 소외된 국회의원들의 불만은 반영되지 못하게 되었다.

본회의장에서 뒤늦게 선거구 획정에 관한 국회의원들의 불만이 쏟아진 이유는 선거구구역표 획정과 관련한 절차에 문제점이 있기 때문이다. 공직선거법 제24조의2 제5항에서는 선거구법률안 중 국회의원지역구의 명칭과 그 구역에 한해서는 「국회법」 제86조에 따른 법제사법위원회의 체계와 자구에 대한 심사대상에서 제외한다고 명시되어 있다. 본래 법제사법위원회는 각 상임위원회에서 검토된 법안에 대해 자구 심사를 하고, 경우에 따라서는 해당 상임위원회의 검토에도 불구하고 내용을 수정하는

경우도 있다. 이는 정당 간의 협상 결과에 따라 달라지기도 한다. 국회 본회의에 회부하기 전 마지막 관문이 바로 법제사법위원회의 검토이다. 여기서 통과된 안건은 이미 여당과 야당 간에 협상이 정리된 안건이기 때문에 본회의에 회부되면 통상적으로 가결된다. 그러나 공직선거법은 국회의원지역구 구역 설정에 대해 국회의 조정 작용이 원천적으로 봉쇄된 채 진행되고 있었다.

공직선거법 제25조 제2항(신설)에서는 국회의원지역구 획정에 있어서는 제1항 제2호71)의 인구범위를 벗어나지 않는 범위에서 농산어촌의 지역 대표성이 반영될 수 있도록 노력하여야 한다고 강조하고 있다. 그러나 같은 조 제1항에서는 국회의원지역구는 인구, 행정구역, 지리적 여건, 교통, 생활문화권 등을 고려하여 획정한다는 기본 원칙이 제시되어 있다. 선거구 획정 기준은 인구뿐만 아니라 행정구역이나 교통, 지리적 여건 등이 종합적으로 반영되어야 한다. 그러나 인구 편차만을 고려하게 되면 농산어촌의 선거구가 기형적으로 변형될 수 있고, 해당 국회의원 수도 줄어들게 되면서 대표성에도 심각한 혼란을 초래할 수 있다.

5. 소결: 제도적 정당성과 책임성 강화

헌법재판소의 인구등가성 개정 결정으로 국회는 관련 조항을 변경하고 선거구구역표를 재설정하였다. 헌법재판소가 공직선거법 조항만 위헌 결정을 내리고 더 이상의 판단을 자제했다면 이는 권한쟁의심판과 동일한 판단을 보인다고 할 수 있다. 비록 이 사건이 침해된 개인의 권리를 구제하기 위한 목적에서 소송이 제기되었다 할지라도, 개인의 권리 보호를 위한 관련법 조항의 위헌 결정으로 인해 정치과정 전체에 상당한 영향을

71) 공직선거법 제25조 제1항 제2호 하나의 자치구·시·군의 일부를 분할하여 다른 국회의원 지역구에 속하게 할 수 없다. 다만, 인구범위(인구비례 2:1의 범위를 말한다)에 미달하는 자치구·시·군으로서 인접한 하나 이상의 자치구·시·군의 관할구역 전부를 합하는 방법으로는 그 인구범위를 충족하는 하나의 국회의원지역구를 구성할 수 없는 경우에는 그 인접한 자치구·시·군의 일부를 분할하여 구성할 수 있다.

주었다는 점은 부정할 수 없다. 이러한 해석은 사법적극주의 판결과 연결되기도 한다. 헌법재판소는 게리맨더링(gerrymandering)이 일어나는 경우 입법재량의 한계를 벗어나는 것으로 규정하고 헌법적 통제가 가능하다는 입장을 취하고 있다. 헌법재판소 판결문에는 “국회의원선거에 있어 지역선거구를 정하는 문제는 기본적으로 입법자의 재량에 맡겨져 있으나, 선거구 획정이 헌법적 통제로부터 자유로울 수는 없으며, 특정 지역의 선거인들이 자의적인 선거구 획정으로 인하여 정치과정에 참여할 기회를 잃게 되었거나, 그들이 지지하는 후보가 당선될 가능성을 의도적으로 박탈당하고 있음이 입증되어 특정 지역의 선거인들에 대하여 차별하고자 하는 국가권력의 의도와 그 집단에 대한 실질적인 차별효과가 명백히 드러난 경우, 즉 게리맨더링에 해당하는 경우에는, 그 선거구 획정은 입법재량의 한계를 벗어난 것으로 헌법에 위반된다고 판단하고 있다. 그리고 이를 판단함에 있어서는 사회적·지리적·역사적·경제적·행정적 연관성 및 생활권 등을 고려하여 특단의 불가피한 사정이 없는 한, 인접지역이 1개의 선거구를 구성하였는지 여부가 원칙적인 기준이 된다”⁷²⁾고 규정하고 있다.

선거구 획정과 관련하여 도시와 농촌, 그리고 영남과 호남이라는 지역간의 갈등 등 다양한 이익이 충돌하는 상황에서 국회가 선택한 방법은 헌법재판소의 헌법불합치 결정을 최대한 이용하는 것이었다. 헌법재판소는 인구 편차의 가이드라인을 제시했지만, 최종적인 선거구 구획 설정은 국회의원의 정책적 판단에 맡겼으며, 선거구 획정안이 마련될 때까지 법의 공백이 발생할 것을 우려하여 입법시한을 제안하고 그 동안은 기존의 선거구구역표를 적용하는 헌법불합치 결정을 내렸다는 점에서 사법적극주의로 해석하기 보다는 사법자제 판결로 보는 것이 타당하다고 본다.

동시에 헌법재판소는 선거구 획정의 기준을 제시했다는 점에서 정치과정에 대한 책임성을 강화하고 있다고 볼 수 있다. 그리고 이러한 책임성은 헌법재판소의 제도적 정당성 또한 강화하는데 기여하고 있다.

72) 헌재 1998.11. 26. 96헌마74등; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등 참조

IV. 국회 협상절차 부재와 사법자제 판결에 관한 해석

본 장에서는 헌법소송의 정치적 동기 유형 중 국회 내 협상절차 부재로 제기된 사건을 구체적으로 살펴보았다. 이들 사건의 정치적 동기는 비슷한 유형으로 분류되지만 헌법재판소의 판단 결과는 각기 다르게 나타나고 있다. 청탁금지법은 합헌, 국회선진화법은 각하, 그리고 선거구 획정과 관련한 공직선거법은 헌법불합치 결정이 내려졌다.

청탁금지법 위헌 소송은 동 법안의 제재 대상에 포함된 언론인과 사립학교 관계자 등이 국회 내 정책형성과정에서 문제를 제기할 통로가 차단되었기 때문에 이들이 청구인이 되어 소송을 제기한 사건이었다. 청탁금지법 합헌 판결은 여론의 지지를 바탕으로 사법자제 판결을 내린 대표적인 사례로 볼 수 있다. 헌법재판소의 합헌 판결로 국회는 청탁금지법 시행의 헌법적 흠결을 보완할 있는 기반을 마련했다. 그러나 동시에 국회의 민주적 통제 강화라는 입법책임 의무도 수반하게 되었다. 헌법재판소는 입법재량 영역을 구분하고 이를 명확히 밝힘으로써 헌법적 논리라는 내용적 정당성과 반응성을 확대하는 대신 구체적 정책집행에 대한 책임성의 부담은 줄이는 판결을 내렸다.

국회선진화법은 국회 다수당 소속의원이 국회가 제정한 법률이 국회의원의 심의·표결권을 침해한다는 이유로 소송을 제기하면서 비롯되었다. 이에 대해 헌법재판소는 심사기간 지정 거부행위와 같은 입법부작위의 위헌 여부를 심사하는 것은 부적절하며 그러한 심사를 최대한 자제하여 의사절차에 관한 국회의 자율성을 존중해야 한다고 결정하면서 본안 심사를 거부했다. 청구인과 피청구인이 국회의원과 국회의장일 경우 헌법재판소는 국회 내부의 의사절차의 자율성을 최대한 존중해야 한다는 입장을 보이고 있다. 헌법재판소는 헌법 해석이라는 본연의 임무는 수행하지만, 국회내부의 절차와 법률의 제·개정 행위에 대한 판단과 그로 인한 책임은 최소화하고 있다는 점에서 사법자제 판결로 해석할 수 있다. 헌법재판소는 국회의 입법재량 영역을 강조함으로써 전략적으로 정치적 부담과 책임성을 회피하고 있음을 알 수 있다.

선거구 획정과 관련하여 헌법재판소는 입법시한을 설정하고 입법개선 의무를 부과하는 헌법불합치 결정을 내렸다. 헌법불합치 결정은 단순위헌 결정이 불러올 갈등을 최소화하기 위한 우회적 위헌 결정으로 볼 수 있다. 헌법재판소는 인구 편차의 가이드라인을 제시했지만, 최종적인 선거구 구획 설정은 국회의원의 정책적 판단에 맡겼으며, 선거구 획정안이 마련될 때까지 법의 공백이 발생할 것을 우려하여 입법시한을 제안하고 그 동안은 기존의 선거구구역표를 적용하는 헌법불합치 결정을 내렸다. 본 연구는 이를 사법자제 판결로 해석하고 있다. 헌법재판소는 선거구 구획 기준을 제시했고, 이러한 기준이 국회 입법절차와 논의에 영향을 준다는 점에서 책임성을 강화하고 있다고 볼 수 있다. 그리고 책임성 강화는 제도적 정당성을 수반하게 된다.

결론적으로 이들 판례를 검토한 결과 헌법소송을 제기한 정치적 동기는 비슷하지만, 헌법재판소 판단 결과는 각기 상이하다는 것을 알 수 있다. 그리고 헌법재판소는 사법자제 판결을 통해 제도적 정당성을 강화한다는 공통점을 보이고 있다. 그러나 각각의 사례에 따라 반응성과 책임성에 대한 해석은 다르게 나타나고 있다. 청탁금지법은 반응성을 확대한 사례이며, 국회선진화법은 책임성을 최소화하고 있는 반면, 공직선거법은 책임성을 확대하고 있는 판결로 해석할 수 있다.

제3장 [헌법소송 유형 2]

다수결 원리의 불공평성을 문제 제기한 사건

여기에서는 국회 내 다수결 원리의 불공평성에 대한 문제를 제기하고 이를 해결하기 위해 제기되는 헌법소송의 유형을 살펴보고 있다. 이러한 정치적 동기의 유형은 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 사건이 대표적이다. 헌법재판소는 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 사건에 대해서 국회 내 절차의 위헌성은 확인하고 있지만 법률 효력의 위헌 여부를 판단하는 문제는 상당히 유보적인 입장을 취하고 있다. 국회의원과 관련한 권한쟁의사건은 국회 다수결 절차에 대한 문제 제기가 주된 사법심사 대상이 되지만, 헌법재판소는 절차의 위헌성에 대해서 부분적으로 위헌을 확인할 뿐, 그 입법의 효과에 대해서는 판단을 자제하고 국회의 자율성 영역을 최대한 존중하는 사법자제 판결을 내리고 있다. 따라서 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 사건은 사실상 국회 다수결의 원리를 사법적으로 인정하고 그 입법의 효과에 대해서도 위헌 선언 등을 하지 않는다는 점에서, 사법심사가 반다수제이자 비민주적이라는 비판이 적절하지 않다는 것을 알 수 있다.

1. 「국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의」 사건 검토

「국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의」 사건에서 살펴보려는 주제는 크게 두 가지이다. 첫째, 국회가 헌법재판소의 판단에 따라 적극적으로 위법 상태를 개선하려는 행위가 있었는지 여부이다. 국회는 헌법재판소의 권한침해확인 결정의 기속력에 의거하여 의사절차의 위법 상태를 제거하기 위해 어떠한 행위를 하고 있는가? 둘째, 국회가 헌법재판소의 판단과는 상관없이 아무런 변화와 결과를 도출하지 않을 수도 있다. 국회

가 아무런 조치를 취하지 않는다고 했을 때, (1) ‘아무런 조치를 취하지 않음’의 정의는 무엇인가?, (2) 국회가 내부 의사절차를 개선하려는 노력이 있었지만, 여당과 야당 간의 갈등이나 정부형태(분점정부, 단점정부) 등과 같은 정치적 상황으로 인해 입법교착상태가 지속되는 경우 사법심사는 어떠한 역할을 담당하고 있는가?

본 장에서는 헌법재판소가 직접적으로 국회 의사절차의 위헌·위법상태 개선을 명하지 않았음에도 불구하고 국회 내부의 의사절차가 점진적으로 변화했음을 보여주고 있다. 이러한 변화는 국회 의사절차가 사법심사의 대상이 되었다는 점에서 상징적인 의미를 가지는 것이지만, 일차적으로는 국회 내부의 자율성에 근거하고 있다는 것을 의미한다. 국회의 자율성은 국회 내부의 의사절차에 관한 것으로서 이는 국회의원의 심의·표결권을 주된 대상으로 하고 있다.

(1) 권한쟁의심판 사건 처리결과

1988년 헌법재판소 개원 이래 지난 30년 동안(2017년 12월말 기준) 권한쟁의심판 접수 건수는 총 102건으로, 이는 헌법재판소 전체 접수 건수에 비하면 매우 적은 비율을 차지하고 있다. 하지만, 초기와는 달리 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 그리고 지방자치단체 간의 권한에 관한 분쟁이 증가하면서 권한쟁의심판에 대한 연구의 필요성이 대두되고 있다.

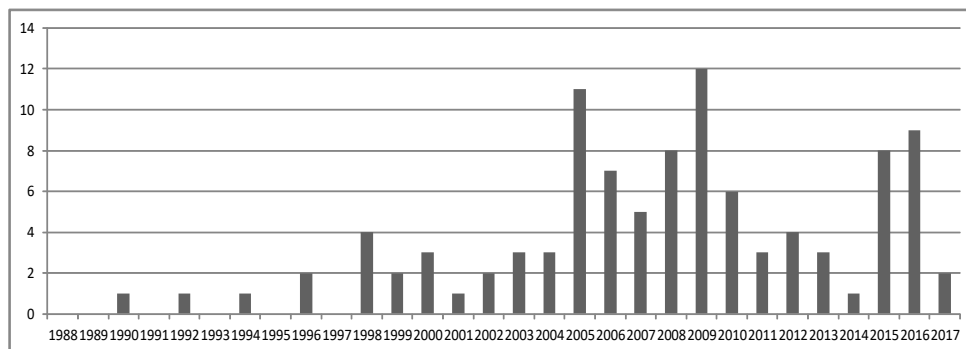
연도별 접수 현황[그림 3-1]을 보면 개원 초기에는 심판 건수가 간헐적으로 접수되다가, 개원 10년이 지난 시점에서야 권한쟁의심판 건수가 증가하기 시작하고 있다. 전반적으로 2004년까지는 권한쟁의심판이 크게 주목을 받지 못한 것을 알 수 있다.

권한쟁의심판 건수가 크게 증가한 시점이 두 차례 있는데, 첫 번째는 2005년 11건, 그리고 또 다른 시기인 2009년에는 12건으로 나타나고 있다. 2005년은 대통령 탄핵심판으로 헌법재판소가 주목을 받은 직후이며, 2009년은 2008년 국회에서 한미자유무역협정(FTA, Free Trade

Agreement) 상정을 둘러싸고 당시 외교통상통일위원회(2013.3.23 정부조직개편에 따라 외교통일위원회로 변경. 이하 외통위)에서 물리적 충돌이 발생한 다음 해였다. 접수된 안건이 당시의 정치적 사건과 구체적인 연관이 있다고 단정할 수는 없지만, 첨예한 정치적 갈등 상황이 정치과정에서 뿐만 아니라 사법심사의 대상이 될 수 있다는 인식의 전환이 이루어진 것은 분명하다고 할 수 있다.

[그림 3-1] 연도별 권한쟁의심판 접수 건수

(1988.09.01 ~ 2017.12.31)



2017년 12월까지 접수된 권한쟁의심판 102건은 각각 인용 17건, 기각 20건, 각하 36건, 취하 16건, 그리고 미제 13건 등으로 처리되었다. 전체의 18.6%를 차지하고 있는 인용 19건을 세부적으로 분류하면 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 8건¹⁾, 지방자치단체와 국가기관 간의 권한쟁의 7건²⁾, 그리고 지방자치단체와 정부 간 권한쟁의가 4건³⁾이다. 총 접수

1) 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2; 헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8, 헌재 2009. 10. 29. 2009헌라9, 헌재 2009. 10. 29. 2009헌라10; 헌재 2010. 12. 28. 2008헌라6, 헌재 2010. 12. 28. 2008헌라7, 헌재 2010. 12. 28. 2008헌라8; 헌재 2011. 8. 30. 2009헌라7. 이들 사건은 일부 병합심사를 통해 총 4건의 인용 사건으로 분류된다.

2) 헌재 1999. 7. 22. 98헌라4; 헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2; 헌재 2006. 8. 31. 2003헌라1; 헌재 2006. 8. 31. 2004헌라2; 헌재 2009. 7. 30. 2005헌라2; 헌재 2008. 12. 26. 2005헌라11; 헌재 2015. 7. 30. 2010헌라2

3) 헌재 2010. 6. 24. 2005헌라9; 헌재 2009. 5. 28. 2006헌라6; 헌재 2010. 6. 24.

된 건수 102건 중 사건이 처리된 89건(2017.12.31 현재) 중 취하 16건을 뺀 나머지 73건을 심판소송 청구인과 피청구인으로 구분하면 [표 3-1]과 같다.

[표 3-1] 권한쟁의심판 처리유형분류 및 건수⁴⁾

(1988.09.01 ~ 2017.12.31)

<div> <div>피청구인</div> <div>청구인</div> </div>	국회 (국회의장, 교섭단체대표)	정부기관 (대통령, 장관,감사원 대법원,교육감)	법원	지방 정부 (의회)	지방 자치 단체	소계
국회의원	20 ⁵⁾	9 ⁶⁾	1 ⁷⁾			30
지방자치단체	4 ⁸⁾	21 ⁹⁾		1 ¹⁰⁾	14 ¹¹⁾	40
정부기관		1 ¹²⁾				1
지방의회				1 ¹³⁾		1
국민개인		1 ¹⁴⁾				1
소계(건)	24	32	1	2	14	73

2007헌라1; 현재 2010. 6. 24. 2007헌라2

4) 헌법재판소 판례검색(www.court.go.kr)

5) 90헌라1, 96헌라2, 98헌라3, 99헌라1, 99헌라2, 2000헌라1, 2002헌라1, 2005헌라6, 2006헌라2, 2008헌라6, 2008헌라7, 2008헌라8, 2009헌라7, 2009헌라8, 2009헌라9, 2009헌라10, 2009헌라12, 2010헌라5, 2010헌라6, 2015헌라1

6) 98헌라1, 98헌라2, 2005헌라8, 2005헌라10, 2006헌라4, 2006헌라5, 2011헌라2, 2013헌라3, 2015헌라5

7) 2010헌라1

8) 2005헌라4, 2005헌라7, 2007헌라4, 2010헌라3

9) 94헌라1, 96헌라1, 2000헌라3, 2001헌라1, 2002헌라2, 2003헌라2, 2004헌라3, 2005헌라1, 2005헌라3, 2005헌라5, 2005헌라9, 2006헌라1, 2006헌라6, 2006헌라7, 2007헌라1, 2009헌라2, 2010헌라4, 2011헌라1, 2012헌라1, 2012헌라4, 2013헌라1

10) 2014헌라1

11) 98헌라4, 2000헌라2, 2003헌라1, 2003헌라3, 2004헌라2, 2005헌라2, 2005헌라11, 2008헌라3, 2008헌라4, 2008헌라5, 2009헌라3, 2009헌라4, 2009헌라5, 2010헌라2

권한쟁의심판 처리 안건 73건(전체 처리 89건 중 취하 13건을 제외)을 살펴보면 국회의원이 청구권자인 경우가 30건(전체 처리안건의 41.1% 차지), 그리고 지방자치단체가 청구권자인 경우가 40건(전체 처리안건의 54.8% 차지)이다. 정부기관과 정부기관 간, 지방의회와 지방의회간의 권한쟁의, 그리고 국민개인과 정부기관 간의 헌법소송은 각각 단 한 건에 불과한 것으로 나타났다.

국회의원은 국회의장 및 교섭단체대표를 상대로 한 권한쟁의가 많은 반면, 지방자치단체는 정부(대통령, 장관, 또는 감사원) 및 국가기관(지방자치단체의 장이 국가위임 사무에 대해 국가기관의 지위에서 처분을 행한 경우)을 대상으로 한 권한쟁의가 많은 것으로 나타났다. 또한 지방자치단체와 지방자치단체 간의 권한쟁의도 빈도수가 높은 것으로 나타나고 있다. 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의는 국회 내부의 의사절차에 관한 것으로 이는 국회의원의 법률안 심의·표결권에 관한 사항이 주를 이루고 있다. 국회의원의 법률안 심의·표결권은 의회민주주의의 원리, 입법권을 국회에 귀속시키고 있는 헌법 제40조, 국민에 의하여 선출되는 국회의원으로 국회를 구성한다고 규정한 헌법 제41조 제1항 및 국회의결에 관하여 규정한 헌법 제49조로부터 당연히 도출되는 헌법상의 권한이고, 이러한 국회의원의 법률안 심의·표결권은 헌법기관으로서의 국회의원 각자에게 모두 보장되고 있다.¹⁵⁾ 헌법재판소는 사법심사를 통해서 헌법으로 보장된 국회의원의 심의·표결권에 대한 권한침해 여부를 판단하고 있다. 그러나 권한침해 인정이 위법한 상황에 대한 개선 의무를 포함하는 지에 관해서는 각기 다른 의견이 제시되고 있다. 이에 관한 논의는 다음에서 살펴보기로 한다.

12) 2009헌라6

13) 2009헌라11

14) 현재 2017. 5. 25. 2016헌라2, 공보 제248호, 511 [각하] 국민 개인이 대법원장을 상대로 제기한 국가기관 간의 권한쟁의심판이 적법한지 여부(소극)

15) 현재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 169~170; 현재 2000. 2. 24. 99헌라1, 판례집 12-2, 115, 125~126; 현재 2009. 10. 29. 2009헌라8, 판례집 21-2하, 14, 40-50.

(2) 주요 쟁점 사항

국회의 의사절차가 위법인 경우 이는 헌법재판소의 권한쟁의심판을 통한 통제의 대상이 된다. 초기 권한쟁의심판은 국회의 자율권을 인정¹⁶⁾하고 있으며, 이러한 입장은 여전히 유효하다 할 것이다. 1997년 국회의원 이 국회의장을 상대로 입법과정에서 국회의원의 법률안 심의·표결권이 침해되었다고 청구한 권한쟁의심판에서, 헌법재판소는 국회의원의 심의·표결권의 권한침해만을 확인하고, 권한침해로 야기된 위헌·위법상태의 시정은 국회에 맡겨두는 것이 바람직하다는 이유로 법률안의 가결선포행위는 유효하다는 취지의 결정을 내린바 있다. 이러한 헌법재판소의 결정은 30여 년이 지난 현재까지 같은 기초가 유지되고 있다. 헌법재판소는 입법절차가 권한쟁의심판의 대상이 된 경우에는 법률안 심의·표결 권한의 침해여부와 법률안 가결선포행위의 무효여부 내지는 법률의 효력유무를 분리하여 판단하고 있다. 이는 절차의 위법성은 인정하면서도, 하자 있는 입법행위로 성립한 법률의 유효성은 인정하는 결과를 가져왔다(조재현 2012, 431).

다음으로 권한쟁의심판 처리결과를 통해 헌법재판소가 판단하고 있는 권한쟁의심판의 당사자 적격여부와 대상, 그리고 핵심쟁점에 대해 정리해 보기로 한다.

국회 의사절차와 관련하여 권한쟁의심판의 당사자는 국회의원, 국회의장, 국회 상임위원회 위원장 등이 해당된다. 그러나 헌법재판소는 정당이나 국회의장을 대리하여 회의를 진행한 국회부의장 등은 심판 대상의 당사자로서 자격이 없다고 판단하고 있다.

권한쟁의심판의 기속력 조항에 의한다면, 권한쟁의심판의 결과보다는 그 심판 대상의 여부가 중요한 문제로 여겨질 수 있다. 적어도 입법권과

16) 국회는 어떠한 사항에 대하여 언제, 어떻게 입법할지 여부를 스스로 판단하여 결정할 입법형성의 자유를 가지며, 법안심의를 위한 의사절차와 규칙을 스스로 결정할 수 있는 자율권을 가지고 있다(헌재 1997.7.16. 96헌라2, 헌재 1998.7.14. 98헌라3).

관련한 권한쟁의심판은 권한침해는 확인하면서 그 원인에 대해서는 구속력 있는 처분결정을 내리지 않고 있는데, 이에 대해 헌법재판소 내부에서는 이러한 처분결정은 입법부에 대한 어떠한 변화도 기대할 수 없게 만든다는 점에서 회의적인 시각을 드러내기도 한다. 주로 판결문 소수의견에서 국회 의사절차가 헌법에 맞지 않는 사항이 발견된다면 헌법재판소가 정치과정에 적극적으로 개입해 개선해야 한다고 주장하는 바와 맥을 같이 한다.

헌법재판소는 국회의 정치적 형성권과 그 가능성을 존중한다는 차원에서 취소 또는 무효 확인 결정과 같은 독자적인 형성행위는 자제하고 있다. 따라서 그 동안 국가기관 간의 권한쟁의심판에 있어서는 권한침해의 확인만 하였을 뿐 부가적으로 침해 처분의 취소나 무효 확인 결정을 한 사례가 없음을 알 수 있다.¹⁷⁾

그러나 침해 처분의 취소나 무효 확인 결정이 없었다고 해서 헌법재판소가 입법권에 대한 통제를 전혀 하지 않았다고 단정할 수는 없다. 왜냐하면 권한침해결정의 기속력을 근거로 국회가 권한침해의 원인이 된 처분의 효력을 적극적으로 제거할 의무가 있는지에 관한 학계의 의견이 다양하게 제기되고 있기 때문이다(박승호 2000; 김주환 2013; 박진영 2014; 강호균 2016). 이상명은 헌법재판소가 기각결정을 내리는 것은 헌법적 판단을 하지 않고 정치적 판단을 내린 것이고, 위헌·위법을 확인하고도 국회의 자율에 맡기는 것은 결과적으로는 아무런 판단을 하지 않은 것과 같은 것이어서 기관 상호간의 분쟁을 해결하지 못한다고 비판하고 있다. 따라서 헌법과 법률을 중대하게 위반한 입법절차에 대해서는 국가작용이 합헌적으로 행사되도록 통제를 가하는 것이 더 중요한 기능이라고 강조한다(이상명 2010, 207).

다음으로 헌법재판소의 사법적 결정이 국회에서 어떠한 위치를 차지하고 있는지 살펴보고자 한다. 이는 ‘국회가 헌법재판소에 사법심사를 청구하는 것이 비판받아 마땅한 일인가?’라는 문제 제기에서부터 출발한다.

17) 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154; 2009. 10. 29. 2009헌라8,9,10(병합), 판례집 21-2하, 14.

헌법재판소는 입법부에서 제·개정된 법률안의 위헌을 심사하는 것에서부터 국회 내부의 의사절차와 관련된 사항에 이르기까지 광범위하게 판단을 내리고 있다. 헌법재판소 재판관들은 국회 내부에서 처리해야 할 사항까지 사법부의 판단에 위임함으로써 입법부가 정치적 책임을 회피하고 있다고 비판한다. 이러한 사법부의 비판이 설득력을 가지려면 국회가 헌법재판소의 판결 결과에 전적으로 의존하는 행태를 보여준다면 가능할 것이다. 그러나 헌법재판소의 판결 결과와 국회의 행태를 살펴보면 헌법재판소가 제기하고 있는 비판은 설득력이 떨어진다는 것을 알 수 있다.

첫째, 헌법재판소는 사법적 판단을 보류하는 결정을 함으로써 국회와 일정한 수평거리를 유지하고 있다. 이는 앞으로 살펴 볼 권한쟁의심판의 인용사례를 통해 확인되고 있다. 둘째, 국회는 사법심사 결과를 수용하고 개선하기 위한 다각적인 방법을 모색하고 있다. 이는 과정과 결과로 구분될 필요가 있는데, 정치과정은 개방성과 다양성을 기반으로 전개되기 때문에 소수의 법관들이 법리를 중심으로 단선적으로 판단하는 것과는 그 사유과정이 다르기 때문이다. 다시 말해 정치과정은 소수의 집단들이 원하는 정치적 결과를 담보할 수 없는 구조를 특징으로 한다. 논의의 다양성과 구조의 개방성으로 인해 입법부는 불완전하지만 가중다수결에 기반한 법률안을 생산하게 된다. 여기에서 불완전하다는 것은 모두가 만족할 수 있는 사회적 합의는 불가능하며, 그 과정에서 손해를 보는 소수가 발생할 수 있다는 것을 의미한다. 다양한 이해관계자들이 복합적으로 정치과정에 참여하기 때문에 그 결과 또한 예측하기 힘들다. 결국 입법부는 사법부의 판단에 전적으로 의존할 수 있는 구조가 아니라는 점이 확인된다.

2. ‘국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의’ 주요 사례 검토

본 절에서는 국회 내부의 의사절차를 사법적으로 심사하고 있는 ‘국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의’ 20건을 살펴보고 있다. 권한쟁의심판의 주요 대상은 주로 입법권과 행정권에 관한 것이다. 입법권은 국회 내부

의 의사절차와 관련되며, 행정권은 지방자치단체 기관 간의 토지 및 해수면 영역과 그에 기반한 행정지침의 내용에 관한 권한침해 등이 주된 것이다. 본 연구는 입법행위에 주목하고 있는바, ‘국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의’ 사건을 연구대상으로 하고 있다.

국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 20건에 대한 접수 및 처리결과를 살펴보면 다음과 같은 점을 발견할 수 있다. 국회의원이 권한쟁의심판 당사자가 될 수 있다는 사법적 판단 이후, 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의는 국회 내부의 위법한 의사절차로 인해 국회의원의 법률안 심의·표결권이 심각하게 훼손되었다는 점을 주된 내용으로 하고 있다.

먼저 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 목록을 살펴보면 [표 3-2]와 같다. 대부분의 사건은 기각 혹은 각하로 처리 종결되었으며, 인용된 사건의 경우도 부분적으로 기각과 각하 처리된 것을 알 수 있다. 이는 국회 의사절차의 위법성이 인정되지만, 그 절차의 효과 즉 입법의 효력은 여전히 유효하다는 것을 의미한다.

[표 3-2] 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 목록

(1988.09.01 ~ 2017.12.31)

	접수일	사건번호	쟁점사항	종국일자	결과
1	1990.09.12	90헌라1	국회의원이나 교섭단체가 국회의장을 상대로 권한쟁의심판청구를 할 수 있는지 여부	1995.02.23	각하
2	1996.12.30	96헌라2	국회의원과 국회의장이 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는지 여부	1997.07.16	인용 (권한 침해) 기각
3	1998.03.26	98헌라3	부작위로 인한 권한침해를 다투는 권한쟁의심판의 허용요건	1998.07.14	각하

4	1999.01.25	99헌라1	국회의장(피청구인)을 대리한 국회부의장의 법률안 가결·선포 행위가 국회의원들(청구인)의 법률안 심의·표결권을 침해하는지 여부	2000.02.24	기각
5	1999.01.25	99헌라2	어업협정안 가결·선포한 행위가 청구인들의 조약비준동의안 심의·표결권을 침해하고, 어업협정안에 대한 가결·선포행위가 무효가 되는지 여부	2000.02.24	기각
6	2001.05.08	2000헌라1	권한쟁의심판절차에 소의 취하에 관한 민사소송법 제239조가 준용되는지 여부	2001.06.28	취하
7	2002.01.24	2002헌라1	국회의장인 피청구인이 국회의원인 청구인을 그 의사에 반하여 국회 보건복지위원회에서 사임시키고 환경노동위원회로 보임한 행위가 권한쟁의심판의 대상이 되는지 여부	2003.10.30	기각
8	2005.07.18	2005헌라6	국회법상 수정안의 범위	2006.02.23	기각
9	2006.01.18	2006헌라2	국회의장이 교섭단체 대표의원과 직접 협의하지 않고 의사일정의 순서를 변경한 것이 국회법에 위반되는지 여부	2008.04.24	기각

10	2008.12.21	2008헌라 6·7·8	한미FTA 비준동의안 상임위원회 상정 사건	2010.12.28	인용 (권한 침해) 기각 각하 취하
11	2009.03.30	2009헌라7	국회의장이 적법한 반대토론 신청이 있었음에도 반대토론을 허가하지 않고 토론절차를 생략하기 위한 의결을 거처지도 않은 채 법률안들에 대한 표결절차를 진행한 것이 국회의원의 법률안 심의·표결권을 침해한 것인지 여부	2011.08.30	인용 (권한 침해) 기각
12	2009.07.23	2009헌라 8·9·10	미디어법 가결선포행위가 국회의원의 심의·표결권을 침해한 것인지 여부	2009.10.29	인용 (권한 침해) 기각 각하
13	2009.12.18	2009헌라12	권한침해확인결정 이후 피청구인의 부작위가 재차 청구인들의 법률안 심의·표결권을 침해한 것이라고 주장하여 제기된 권한쟁의심판청구를 기각한 사례	2010.11.25	기각 기타
14	2010.12.16	2010헌라 5·6	피청구인(국회의장)이 본회의에서 2011년도 예산안, 국군부대의 아랍에미리트군 교육	2012.02.23	기각

			훈련 지원 등에 관한 파견 동의안 외 4건의 법률안을 상정하고 심의·의결하는 과정에서 국회법을 위반한 사정이 있는지 여부		
15	2015.01.30	2015헌라1	국회법 개정행위(국회선진화법)로 인해 국회의원인 청구인들의 법률안 심의·표결권이 침해되었는지 여부	2016.5.26	각하

위 20건의 심판 대상 중 인용된 4개 사건의 주요쟁점만 정리하면 다음 [표 3-3]과 같다.

[표 3-3] 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 인용사건 주요쟁점

(1988.09.01 ~ 2017.12.31)

번호	사건번호	사건명	청구인	주요쟁점 및 인용내용
1	96헌라2	국회의원과 국회의장 간의 권한 쟁의	이상수 의원 (새정치국 민회의)	▶ 국회의원과 국회의장을 권한 기관의 당사자로 판단 ▶ 야당(새정치국민회의 및 자 유민주연합)에게 본회의 개의 시간 변경을 알리지 않고 본회 의 개의, 법률안 상정, 가결선 포한 국회의장 행위는 국회의 원의 법률안 심의·표결권 침해 인정
2	2008헌라7	국회의원과 국회의장 등 간의 권 한쟁의	문학진의원 (민주당)	▶ 한미FTA 안건 상정 시 외 교통상통일위원회에서 외통위 원장이 대체토론 등을 생략하 고 안건을 소위원회에 회부한

				행위는 회의장에 진입하지 못한 국회의원들의 동의안에 대한 심의권 침해 인정
3	2009헌라7	국회의원과 국회의장의 간의 권한 쟁의	이정희의원 (민주노동당)	▶ 국회의장이 반대토론 절차를 생략하고 표결절차를 진행한 것은 국회의원의 법률안 심의·표결권 침해 인정(국회법 제93조 위반) ▶ 그러나 법률안 가결선포행위 자체는 취소나 무효가 아님
4	2009헌라 8·9·10 (병합)	국회의원과 국회의장 등 간의 권 한쟁의	▶ 조승수의원 (진보신당) ▶ 정세균의원 외(민주당, 창조한국당, 민주노동당)	▶ 국회의장이 위원회 심사를 거치지 않은 ‘신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률 전부 개정법률안’ 및 ‘방송법 일부개정법률안’에 대한 제안취지 설명을 생략하고 가결선포한 행위는 국회의원의 법률안 심의·표결권 침해 인정 ¹⁸⁾

헌법재판소에서 인용된 네 사건을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

18) 2005. 12. 9. 제256회 국회 제16차 본회의에서 국회의장의 사립학교법 중 개정법률안 가결선포행위가 국회의원들의 법률안 심의·표결권을 침해한 것인지가 쟁점이 된 <2006헌라 2> 사건에서도 이와 비슷한 입장을 보여주고 있다. “위원회의 심사를 거치지 않고 바로 본회의에 상정된 법률안의 경우에 국회의장이 ‘질의 신청 유무’에 대한 언급을 하지 않는 등 ‘질의 부분’을 생략하고 ‘토론 신청 유무’도 확인하지 않은 채 토론 신청이 없을 것으로 판단하여 바로 표결처리에 나아가는 의사진행은 국회의장의 자율적 의사진행 권한의 한계를 넘는 것으로서 정당화 될 수 없다. 따라서 국회의장의 이 사건 가결선포행위는 청구인들의 법률안 심의·표결권을 침해한 것이 분명하므로 그 확인을 구하는 심판청구는 인용되어야 한다(헌재 2008. 4. 24. 2006헌라2, 판례집 20-1상, 438, 449-450).”

(1) 국회의원 당사자 적격 여부(96헌라2)

이 사건은 1996.12.26 야당의원들에게 본회의 개의 일시를 통지하지 않고 국회의원들의 출석기회를 박탈한 채 본회의를 개의하여 법률안을 가결 처리한 것이 국회의원의 심의·표결권을 침해했다면서 헌법소송으로 청구된 사례이다. 헌법재판소는 야당 국회의원들이 법률안의 심의·표결 과정에 참여하지 못하게 되었다면 야당의원들의 헌법에 의하여 부여된 법률안 심의·표결의 권한이 침해된 것이지만 의결절차에 헌법규정을 명백히 위반한 흠이 있다고 볼 수 없는 점을 들어 법률안의 가결선포행위를 무효로 하지 않았다.¹⁹⁾ 여기서 말하는 헌법규정이란 헌법 제49조의 ‘다수결의 원칙’과 제50조의 ‘회의공개의 원칙’을 말한다.

국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의심판의 시초는 국회의원이나 교섭단체가 국회의장을 상대로 권한쟁의심판을 청구할 수 있는 당사자가 될 수 있을지 여부를 판단하는 것이었다(헌재 1995. 2. 23. 선고 90헌라1). 초기 헌법재판소는 헌법 제111조 제1항4호 및 헌법재판소법 제62조 제1항1호에 열거되지 않는 기관이나 또는 열거된 국가기관 내의 각급기관은 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 없으며, 국가기관 내부의 권한에 관한 다툼은 권한쟁의심판의 대상이 되지 않는다는 각하 결정을 내린바 있다. 그러나 헌법재판소는 2년 5개월 만인 1997년 이러한 입장을 변경하고 국회의원 당사자 자격을 인정하는 결정을 내리게 된다. 헌법재판소법 제62조 제1항1호가 국가기관 상호간의 권한쟁의심판을 “국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판”이라고 규정하고 있더라도 이는 한정적, 열거적인 조항이 아니라 예시적인 조항이라고 해석하는 것이 헌법에 합치되므로 이들 기관 외에는 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 없다고 단정할 수 없다면서, 국회의원과 국회의장은 국가기관에 해당하므로 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있다고 판단하였다. 기존 판례와는 달리 국회의원의 당사자 적격을 인정함으로써 국가기관 상호간의 권한쟁의심판에서 당사자의 범위가 보다 확대된 것으로 볼 수 있다. 헌법재판

19) 헌재 1997. 7. 16 96헌라2, 판례집 9-2, 154-176.

소는 국회의원이 국회의장을 상대로 청구하는 사건에 대해 사법심사를 합법적으로 할 수 있는 토대를 마련하였고, 이후 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의, 즉 국회 내부의 의사절차와 입법효력에 관한 사법심사가 보다 활성화되었다.

(2) 한미FTA 비준동의안 상임위원회 상정 사건(2008헌라7)

① 헌법소송 발단 및 진행사항

이 사건은 ‘대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정(이하 한미FTA)’ 비준동의안이 외교통상통일위원회에 상정되는 과정에서 국회의원의 심의·표결권을 침해했다는 이유로 2008년 12월 21일에 권한침해 확인 및 상정과 회부행위의 무효를 확인하는 권한쟁의심판으로 청구되었다. 청구인은 문학진 의원 등 민주당 소속 의원이며, 피청구인은 국회의장과 국회 외교통상통일위원회위원장(이하 외통위원장)이다.

2008년 12월 18일, 박진 외통위원장은 상임위 회의 개의 전에 질서유지권을 발동하여 국회 경위가 회의장에 대한 경비를 강화하게 하는 등의 조치를 취하였다. 질서유지권은 집회 등에 관한 자율권, 내부조직에 관한 자율권, 국회규칙의 자율적 제정권(헌법 제64조제1항), 의사에 관한 자율권, 의원신분에 관한 자율권(헌법 제64조 제2항)과 더불어 국회의 자율권의 한 내용을 이룬다.²⁰⁾ 민주당은 “국회법상 질서유지권은 회의가 시작된 후에 발동되는 것이기 때문에 회의장 시작 전에 막으면 안된다”고 항의하면서 외통위원조차 출입을 금지하는 것은 국회법 위반이라고 강하게 비판했다. 이종걸 의원 등 민주당 의원 4명은 질서유지권의 적법성에 대한 유권해석을 받기 위해 김형오 국회의장실을 방문했으나 면담은 성사되지 못했었다(동아일보 2008.12.18). 당시 회의 개의시간은 당일 오후 2시였지만, 이른 아침부터 회의장 주변에는 국회 경위들과 민주당, 민주노

20) 현재 2010. 12. 28. 2008헌라7 등, 판례집 22-2하, 586.

동당 소속 국회의원, 한나라당과 민주당 소속 당직자 및 보좌직원 사이에 상임위 개회를 저지하기 위한 격렬한 물리적 소요사태가 발생하고 있었다. 아침 8시경 외통위원장실 비서실 안쪽에서 구상찬 한나라당 의원이 문을 잠그면서 여·야 간의 대치 상황은 걷잡을 수 없을 정도로 악화되었다. 당시 외교통상통일위원회 비서실에는 한나라당 의원 11명(구상찬, 김충환, 남경필, 박진, 이범관, 이춘식, 정몽준, 정옥임, 정진석, 홍정옥, 황진하)이 이른 아침 도착해 대기중이었으며, 민주당 의원 1인(최규식 의원)도 포함되어 있었다.

민주당 의원들은 외통위원장이 공지한 회의 시각보다 일찍 또는 정각에 회의장 입구에 도착하였으나, 회의장 출입문이 폐쇄되어 회의장에 입장하지 못하였다. 외통위원장은 2008.12.18. 14:00경 외교통상통일위원회 회의실에서 총 29인의 외교통상통일위원회 위원 중 한나라당 소속 위원 11인만 출석한 상태에서 회의를 개의하여 한미FTA 비준동의안의 상정, 제안 설명, 검토보고(서면대체), 대체토론 순으로 대략 3분여 가량의 회의를 진행한 후 이 동의안을 법안심사소위원회(이하 법안소위)에 회부하였고, 즉시 정회를 선포하였다.

그러나 2년 반이 지난 2011년 정부(외교통상부)는 번역 오류를 이유로 외통위에 상정된 한미FTA 비준동의안 철회를 요구했다. 2008년 10월 8일 국회에 제출된 비준동의안의 한글협정문은 번역 오류가 많다는 이유로 2011년 5월 4일 국회 외통위 전체회의에서 철회동의안이 가결되었고, 2011년 2월 10일 비준 서명된 한미FTA 서한 교환과 한미FTA 재협정동의안은 추후 국회에 다시 제출되었다. 철회동의안을 가결하기 위해 진행된 전체회의에서는 미국 정세를 제대로 파악하지 못한 외교부에 대한 질책과 이로 인해 그 책임을 고스란히 안게 된 국회의 모습에 자괴감을 드러내는 발언이 나오기도 했다. “국회를 유린한 거지요, 행정부에서 속도전 하다가. 한 번의 판단으로 나라의 운명이 어떻게 되고 말고도 하는데 그것을 대수롭게 앓게...”²¹⁾라는 발언이 나올 정도로 행정부의 무책임

21) 최재성 의원(당시 통합민주당, 경기 남양주시갑) 발언. 국회 제18대 300회 1차 외교통상통일위원회 전체회의 회의록(2011. 5. 4.)

과 무능에 대한 질타가 이어졌다.

② 언론 보도 경향 및 여론조사 추이

한미FTA 비준동의안 상정에 관한 언론 보도는 관련 내용을 다루기보다는 국회 폭력 사태에 집중하고 있었다. 당시 기사 제목은 원색적이고 자극적인 이미지를 부각시키고 있었다. “국회 여야 쇠망치, 소화기 분말 물뿌리며 난장판싸움”(동아일보 2008.12.18.), “공사장 해머에… 빠루까지… ‘무기급 도구’ 등장”(동아일보 2008.12.19.)과 같은 기사는 국민들로 하여금 국회 제도 자체에 대한 반감을 가지게 하였다. 언론은 한미FTA 비준동의안이 무엇이고 국회에서 왜 상정되어야 하는지에 관한 정책적인 내용은 다루지 않았다. 실제로 폭력 사태로 얼룩진 상황에서 정책적인 기사는 국민에게 전달될 여지도 없었다.

국회 폭력이 극에 달하면서 한미FTA 상정에 관한 국민여론은 사실상 형성될 여력이 없었다. 이미 국회의 무능력이 부각된 상황에서 정책적 판단과 여론 형성은 무의미해진 것이다. 당시 국회에 대한 이미지가 악화되면서 헌법재판소가 국회 절차에 대해 어떠한 결론을 내리든 제도적 정당성은 이미 확보되어 있다고 해도 과언이 아니다. 즉 헌법재판소는 국민여론을 고려할 필요 없이 정치적인 판단을 할 수 있는 토대가 마련된 것으로 볼 수 있다. 그리고 입법관련 행위에 대한 판단을 내릴 때 헌법재판소는 입법의 효력까지 무효로 만드는 판결을 하지 않기 때문에 책임성의 부담에서 벗어난 판결을 내릴 수 있었다.

③ 판결문에 나타난 입법관련 행위에 대한 관점

헌법재판소는 국회 의사절차가 헌법과 국회법 등에 의거하여 법률적 정합성을 준수했는지 여부를 판단하고 있다. 그리고 2008년 당시 상임위 의사 절차는 헌법에 위배되지만, 그 법률적 효과는 유효하다는 결론을

내렸다. 국회의장에 대한 심판청구는 각하되었지만, 외통위원장이 한미 FTA 비준동의안을 상임위 전체회의에 상정하고 법안소위원회로 회부한 행위는 국회의원의 심의권을 침해한 것으로 판단되었다. 헌법재판소는 국회 상임위원회는 국회의장으로부터 위임된 것이 아닌 국회 고유의 권한이라고 판단하고 있다. 따라서 국회 상임위원회 위원장이 위원회를 대표해서 의안을 심사하는 권한이 국회의장으로부터 위임된 것임을 전제하고 있다는 점에서 국회의장은 피청구인적격이 없는 것으로 판단했다.²²⁾ 반면, 비준동의안 상정행위 및 법안소위 회부행위에 관한 무효 확인청구는 기각되었다(김희옥·민형기·송두환·이강국·이공현·김종대 재판관 ‘기각’ 결정, 조대현 재판관 ‘인용’ 결정, 이동흡·목영준 재판관 ‘각하’ 결정).

헌법재판소는 2008.12.19 국회 본청 외교통상통일위원회 회의실 출입문을 폐쇄한 상태로 회의실에서 제279회 국회임시회 제2차 외교통상통일위원회 전체회의를 개의하여 한미FTA 비준동의안을 상정한 행위 및 한미 FTA 비준동의안을 법안심사소위원회로 회부한 행위는 국회의원의 비준동의안 심의권을 침해한 것으로 판단했다. 상임위원회 회의장 출입문 봉쇄와 관련하여 헌법재판소는 판결문에서 “‘상임위원회 회의의 원활한 진행’이라는 사전적 질서유지권의 인정목적에 정면 배치되는 것으로서, 질서유지권의 한계를 벗어난 행위”라고 판단했다.²³⁾ 헌법재판소는 이러한 행위가 헌법 제50조 제1항(회의공개의 원칙), 국회법 제71조(준용규정) 및 제75조 제1항(회의의 공개)에 반하는 입법절차상 하자가 있는 것으로 판단했다. 그러나 국회 외교통상통일위원회 위원장(당시 박진 한나라당 국회의원)에 대한 한미FTA 비준동의안 상정행위 및 법안심사소위원회로의 회부행위에 관한 무효 확인청구는 모두 기각되었다. 헌법재판소는 “상정·회부 행위는 국회 본회의 처리에 앞서 그에 필요한 판단자료를 제공하기 위하여 소관 외통위에서 이 사건 동의안을 상정하고 상설 소위원회인 법안심사소위원회로 회부하는 과정에서 행해진 것으로서 국회에서의 이 사건 동의안 처리의 전체 과정에서 보자면 초기단계 내지 중간단

22) 헌재 2010. 12. 28. 2008헌라7 등, 판례집 22-2하, 578.

23) 헌재 2010. 12. 28. 2008헌라7 등, 판례집 22-2하, 586.

계에 해당한다.”고 보고 있다. 이어서 판결문에서는 “국회 본회의에서 심의되고 표결되는 과정에서 자율적인 정치적 형성권과 정치적 형성방법에 의하여 청구인들의 심의권을 다양한 절차와 방법으로 보장함으로써 상정·회부 행위의 하자를 사후적으로 치유할 수 있을 것”²⁴⁾으로 판단했다.

위법한 국회 의사절차에 대한 개선의무는 다시 국회의 몫으로 돌아왔지만, 위법한 상황을 초래한 책임은 그 누구에게도 없었다. 2008년 당시 박진 외통위원장은 임기 만료(2년)로 2010년 하반기 지식경제위원회로 자리를 옮기면서 법안 통과에 대한 책임으로부터 자유로워졌다. 그리고 국제정세를 잘못 파악한 외교통상부의 수장인 유명환 장관과 김종훈 통상교섭본부장은 공화당에서 민주당으로 정권이 바뀐 미국의 입장 변화만 주장한 채 면피에 급급한 모습을 보여주었다. 2008년 국회는 폭력사태를 감수하면서까지 정부의 요청에 부응하기 위해 온갖 비판을 받으면서 한미FTA 비준동의안을 상임위원회에서 통과시켰으나, 오히려 정부는 국회의 상임위 통과 의지를 축소 해석하고 있었다.

당시 박진 외통위원장이 한미FTA 동의안을 야당의 협조 없이 상임위에 상정한 것은 차기 외교통상부 장관을 염두에 두고 벌인 것으로, 국회에서 보여준 성과가 청와대 입각의 중요한 바로미터가 될 것으로 판단했기 때문이다. 한편, 2008년 12월 18일 국회 외통위 사무실에서 폭력 사태가 벌어졌을 때, 박진 외통위원장은 사태의 심각성을 알리고 당 차원의 지원을 받기 위해 홍준표 원내대표에게 도움을 요청했다. 그러나 홍준표 원내대표를 비롯한 청와대는 외통위 차원에서 알아서 해결할 것을 종용했다. 결국 만일의 사태에 대비해서 발동됐던 질서유지권은 우발적으로 촉발된 국회 폭력 사태를 방어하기 위한 수단으로 변질되었다.

헌법재판소는 “다수결의 원리는 의사형성과정에서 소수파에게 토론에 참가하여 다수파의 견해를 비판하고 반대의견을 밝힐 수 있는 기회를 보장하여 다수파와 소수파가 공개적이고 합리적인 토론을 거쳐 다수의 의사로 결정한다는 데 그 정당성의 근거가 있는 것이다. 따라서 입법과정에서 소수파에게 출석할 기회조차 주지 않고 토론과정을 거치지 아니한

24) 헌재 2010. 12. 28. 2008헌라7 등, 판례집 22-2하, 595.

채 다수파만으로 단독 처리하는 것은 다수결의 원리에 의한 의사결정이라고 볼 수 없다.”²⁵⁾고 주장하고 있다. 헌법재판소가 다수결 원리에 의한 의사결정과정을 강조하고 있지만, 이는 국회의사절차에 국한된 논리로 작동하고 있다. 역설적으로 헌법재판소가 입법효과의 효력을 그대로 인정하는 이원적인 판결을 내림으로써 다수결에 의한 단독 처리의 정당성을 인정하고 있음을 알 수 있다.

(3) 본회의 반대토론 절차상의 하자 사건(2009헌라7)

① 헌법소송 발단 및 쟁점사항

이 사건의 청구인은 민주노동당 소속의원 이정희 의원이었으며, 피청구인은 국회의장이었다. 2009.3.3 제281회 국회임시회 제12차 본회의에 상정된 ‘한국정책금융공사법안’ 및 ‘신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 전부 개정법률안(대안)’은 위원회의 심사를 거친 안건이었다. 당시 이정희 의원은 이들 법안에 대한 반대토론을 신청했으나, 국회의장을 대리하고 있던 국회부의장은 반대토론이 접수되지 않았다는 이유로 토론을 허락하지 않고 표결을 진행하였다. 이 과정에서 표결이 진행되기 전 반대토론을 신청했는데 이를 수용하지 않고 표결을 진행했기 때문에 국회의원의 법률안 심의·표결권이 침해되었다는 것이 이 사건의 핵심쟁점이다. 이정희 의원은 국회의장을 상대로 그 권한의 침해확인과 위 법안들에 대한 가결 선포행위의 무효 확인을 구하는 헌법소송을 제기하였다.

② 판결문에 나타난 입법관련 행위에 대한 관점

헌법재판소는 절차상 국회의원의 심의·표결권은 침해되었다고 인정하면

25) 현재 2010. 12. 28. 2008헌라7 등, 판례집 22-2하, 588.

서도, 법률안 가결선포행위를 취소하고 무효화 시킬 정도의 헌법 위반 규정은 없음을 확인하고 있다. 이 사건은 본회의에 상정된 법안에 대해 반대토론이 제기되었으나, 의결절차 없이 반대토론이 진행되지 않음으로써 국회법 제93조(안건심의)에 의거하여 국회의원의 심의·표결권이 침해되었다고 인정된 사건이었다. 국회법 제93조에 의하면 “본회의는 안건을 심의함에 있어서 그 안건을 심사한 위원장의 심사보고를 듣고 질의·토론을 거쳐 표결한다. 다만, 위원회의 심사를 거치지 아니한 안건에 대하여는 제안자가 그 취지를 설명하여야 하고, 위원회의 심사를 거친 안건에 대하여는 의결로 질의와 토론 또는 그 중의 하나를 생략할 수 있다”고 규정하고 있다.

헌법재판소는 “이 사건 법률안들은 위원회의 심사를 거친 안건이지만 청구인으로부터 적법한 반대토론 신청이 있었으므로 원칙적으로 피청구인이 그 반대토론 절차를 생략하기 위해서는 반드시 본회의 의결을 거쳐야 할 것인데, 피청구인은 청구인의 반대토론 신청이 적법하게 이루어졌음에도 이를 허가하지 않고 나아가 토론절차를 생략하기 위한 의결을 거치지 않은 채 이 사건을 법률안들에 대한 표결절차를 진행하였으므로 이는 국회법 제93조 단서를 위반한 것이다.”²⁶⁾라고 판단하고 있다. 따라서 이 사건 법률안들에 대한 가결을 선포한 행위는 국회법 제93조를 위배하여 청구인의 법률안 심의·표결권을 침해한 것이라고 결론짓고 있다.

그러나 이러한 행위로 통과된 법률의 무효 여부에 대해서는 소극적으로 판단하고 있다. 헌법재판소는 판결문에서 “국회 입법절차의 특성상 그 개개의 과정에서 의도적이든 아니든 헌법이나 법률의 규정을 제대로 준수하지 못하는 잘못이 있을 수 있고, 그러한 잘못이 현실로 나타날 경우 그로 인하여 일부 국회의원들의 입법에 관한 각종의 권한이 침해될 수 있으나, 만일 이러한 사정만으로 곧바로 법률안의 가결 선포행위를 무효로 한다면 법질서의 안정에 위해를 초래하게 되므로, 국회의 입법과 관련하여 일부 국회의원들의 권한이 침해되었다 하더라도 그것이 입법절차에 관한 헌법의 규정을 명백히 위반한 흠에 해당하는 것이 아니라면 그

26) 헌재 2011. 8. 30. 2009헌라7, 판례집 23-2상, 234.

법률안의 가결 선포행위를 곧바로 무효로 볼 것은 아니다.”²⁷⁾라고 적시하고 있다. 이러한 판단을 통해 헌법재판소는 입법행위의 권한 침해와 그 입법 효력을 별개로 판단하고 있음을 알 수 있다.

③ 다수결 원리의 정당성 인정

이러한 판단은 국회의 다수결 원리의 정당성을 헌법적으로 인정하는 효과로 나타나고 있다. 헌법재판소는 입법행위에 대한 권한쟁의심판은 그 권한침해만 확인할 뿐 이를 취소하거나 합헌으로 만드는 것은 입법자의 영역에 해당된다는 점을 강조하고 있다. 헌법재판소는 판결문에서 “심의·표결 절차에 있어 그 밖에 국회법상 다른 위반사항이 없고, 이 사건 법률안들은 재적의원 과반수 이상의 출석과 출석의원 중 압도적 다수의 찬성으로 가결되었을 뿐만 아니라 회의공개의 원칙 또한 준수되어, 헌법에 규정된 다수결의 원칙(제49조)이나 회의공개의 원칙(제50조) 등 국회의 의사원칙을 위반하였다고 볼 수 없다.”²⁸⁾고 밝히고 있다. 이를 통해 헌법재판소는 권한쟁의심판에 관한 사건에 대해서는 다수결의 원칙을 헌법적으로 정당화시키고 있음을 알 수 있다. 사실상 헌법재판소는 그 동안 국가기관 간의 권한쟁의심판에 있어서는 권한침해의 확인만 하였을 뿐 부가적으로 침해 처분의 취소나 무효 확인 결정을 내린 바가 없다(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154; 2009. 10. 29. 2009헌라8등, 판례집 21-2하, 14 참조).²⁹⁾

27) 헌재 2011. 8. 30. 2009헌라7, 판례집 23-2상, 235.

28) 헌재 2011. 8. 30. 2009헌라7, 판례집 23-2상, 236.

29) 헌재 2011. 8. 30. 2009헌라7, 판례집 23-2상, 237.

그러나 지방자치단체간의 경계면을 둘러싼 권한쟁의심판 사건에 대해서는 헌법재판소가 권한 침해를 확인할 뿐만 아니라 경계면을 설정하는 등 적극적인 판단을 내리고 있다. 당진군과 평택시 간의 매립지 관할 문제(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2), 광양시와 순천시 간의 지방세 부과 문제(헌재 2006. 8. 31. 2003헌라1), 경상남도와 부산광역시 간의 해상경계선 설정 문제(헌재 2010. 6. 24. 2007헌라1) 등의 지방자치단체 간의 권한쟁의 사건은 헌법재판소가 경계면을 명확하게 설정해주고 분쟁을 해결해 주는 판결을 내렸었다.

헌법재판소가 이러한 판단을 하고 있는 이유는 권한침해를 확인하는 헌법재판소의 제도적 정당성은 확보하되, 국회의 정치과정에 적극적으로 개입하지 않음으로써 입법효과에 대한 책임성은 회피하는 정치적 판결을 내리고 있기 때문이다. 다수결 원리의 정당성을 인정하는 헌법재판소의 판단은 국회에서 날치기로 통과된 미디어법 사건에서 더욱 극명하게 드러나고 있다.

(4) 미디어법 사건(2009헌라8·9·10 병합)

① 헌법소송 발단 및 쟁점사항

미디어법 위헌소송은 조승수 국회의원(진보신당), 정세균 국회의원 외 88인(민주당, 창조한국당, 민주노동당 소속)이 국회의장과 국회부의장을 상대로 소송을 제기한 사건이었다. 청구인은 2009년 7월 22일 국회 본회의에서 한나라당이 기습적으로 법률안을 통과시키는 과정에서 투표에 참석하지 못한 국회의원의 심의·표결권이 침해되었고, 그 결과 통과된 법률의 효력도 무효라고 주장했다. 조승수 의원은 방송법 수정안에 대한 표결이 일사부재의원칙에 반하여 청구인의 법률안 심의·표결권을 침해했다고 주장하고 가결선포행위의 무효 확인을 구하는 권한쟁의심판(2009헌라8)을 청구하였다. 정세균 의원 외 88인은 방송법 수정안에 대한 재투표 및 표결 결과에 따른 가결선포는 일사부재의원칙에 위반하여 청구인들의 법률안 심의·표결권을 침해했으며, 각 법률안에 대한 제안취지의 설명 절차 및 질의와 토론 절차가 생략되는 등 절차상의 하자가 있다고 주장했다(2009헌라9). 또한 정세균 의원 외 88인은 금융지주회사법 수정안이 원안과 다르고 심사기일도 지정되지 않은 법안으로 국회의장이 직권상정 할 수 없는 안건으로서 절차상의 하자로 인한 청구인들의 심의·표결권이 침해당했고, 그로 인한 금융지주회사법 수정안에 대한 가결선포행위의 무효 확인을 구하는 권한쟁의심판(2009헌라10)을 청구하였다.

당시 야당 의원들이 격렬하게 몸싸움으로 저지하면서 여당 의원들도 일부는 표결에 참여할 수 없었다. 이 탓에 ‘대리 투표’, ‘재투표’ 논란이 벌어졌고, 이러한 일련의 사태가 헌법재판소 권한쟁의심판으로 청구된 것이다.

일명 미디어법 사건(2009헌라8·9·10 병합)은 해당 법안이 국회를 통과한 다음 날인 2009년 7월 23일 헌법재판소에 제기되었는데, 동시에 권한쟁의심판 결정 선고시까지 미디어법안 가결선포행위의 효력을 정지해 달라는 민주당 등 야당국회의원들의 가치분신청도 함께 제기되었다. 미디어법안은 ‘신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률 전부 개정법률안’ 및 ‘방송법 일부개정법률안’ 그리고 ‘인터넷멀티미디어 방송사업법 일부개정법률안’ 등을 통칭해서 말하는 것이고, 권한쟁의심판 안건에는 ‘금융지주회사법 일부개정법률안’도 함께 포함되어 있었다.

방송법안은 상임위원회의 심사를 거치지 않고 국회의장 직권으로 본회의에 상정된 법안이었다. 국회법 제93조에 의한다면 방송법안은 질의와 토론을 거쳐야 했지만 국회의장은 질의·토론을 실시하지 않겠다고 선언하고 이 법안의 표결을 선포하였다.

법안의 표결 선포 과정에서 또 다른 쟁점은 일사부재의원칙의 위배 여부였다. 국회법 제92조는 “부결된 안건은 같은 회기 중에 다시 발의 또는 제출하지 못한다”고 규정하고 있는바 이는 일사부재의원칙을 선언하고 있는 것이다. 당시 국회 본회의장에서 방송법일부개정법률안에 대한 전자투표를 실시한 결과 국회 재적 294인, 재석 145인, 찬성 142인, 반대 0인, 기권 3인으로 집계되었다. 국회는 의결방법으로 다수결의 원리를 채택하고 있다. 즉 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결하는 것이 다수결의 원리로 규정되어 있는 것이다(국회법 제49조, 제109조). 첫 번째 투표 이후 당시 회의를 대리한 국회부의장은 “재석의원이 부족해서 표결 불성립되었으니 다시 투표해 주시기 바랍니다”라고 말하고 투표가 재차 다시 진행되었다. 그 결과 재적 294인 중 재석 153인, 찬성 150인, 반대 0인, 기권 3인으로 나왔고, 방송법일부개정법률안은 가결이 선포되었다. 이러한 행위에 대해 헌법재판소는 5:4의 의견으로

일사부재의원칙의 위배라고 판단했다.

미디어법안은 2009.7.22 국회에서 가결 선포되었고, 2009.7.27 정부로 이송되어 다음날인 2009.7.28 국무회의 심의를 통과하고 3일 후인 2009.7.31 대통령에 의해 공포됨으로써 법률로 성립되었다. 헌법재판소는 미디어법 사건에 대해 6:3의 의견으로 ‘신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률 전부 개정법률안’ 및 ‘방송법일부개정법률안’의 가결선포행위가 국회의원의 법률안 심의·표결권을 침해했다면서 인용결정을 내렸고, 동시에 가결선포행위의 무효 확인청구에 대해서는 7:2의 의견으로 4건의 법안 모두에 대해 기각결정을 내렸다. 한편, 인터넷멀티미디어법안과 금융지주회사법안의 가결선포행위로 인한 권한침해확인 청구는 기각되었다. 3인의 재판관(김종대, 김희옥, 송두환 재판관)은 심의절차에 있어 제안취지 설명 절차 부분이 국회법 제93조에 위배되었음을 이유로, 6인의 재판관(김종대, 김희옥, 송두환, 이강국, 이동흡, 조대현 재판관)은 심의절차에 있어 질의와 토론 절차부분이 국회법 제93조에 위배되었음을 이유로, 5인의 재판관(김희옥, 송두환, 이강국, 이공현, 조대현 재판관)은 표결절차에 있어 헌법 제49조 및 국회법 제109조에 위배되었음을 이유로 국회의원의 심의·표결권이 침해되었다는 의견을 제시하였다.³⁰⁾ 한편 법률안의 가결선포행위의 무효 확인청구 기각결정에 대해서는 그 결정이유가 다르게 나타났다. 그 이유를 살펴보면, 국회의원의 심의·표결권한 침해를 인정할 수 없기 때문에 이를 전제로 한 무효 확인청구를 기각해야 한다는 의견, 국회의 입법에 관한 자율권을 존중해야 한다는 입장, 그리고 헌법재판소가 갖는 분쟁해결이라는 사법적 판단의 성격을 중시하는 입장 등으로 구분되고 있다.

② 언론 보도 경향 및 여론조사 추이

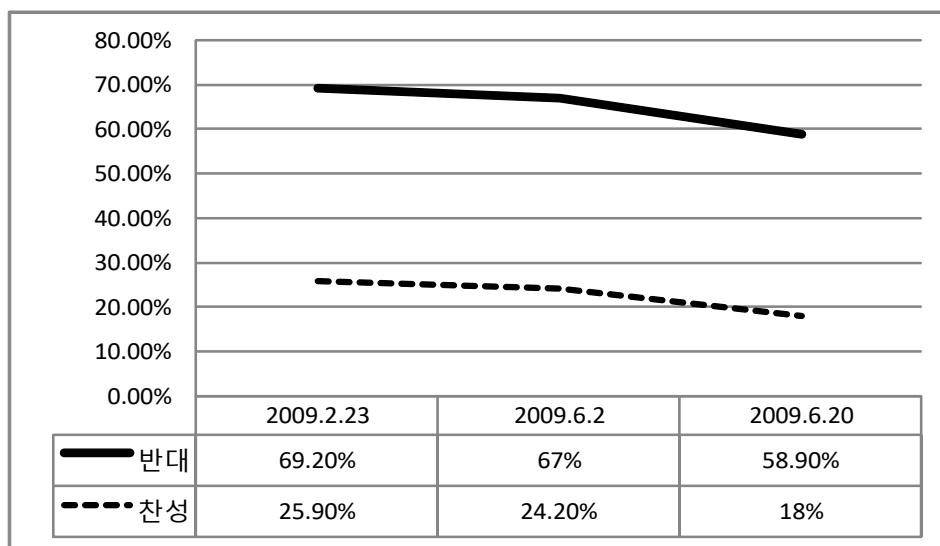
2009년 7월 22일에 통과된 미디어법은 ‘조중동’으로 불리는 독과점 신문사와 재벌의 방송진출의 길을 허용하는 내용이 주된 것으로, 당시 국민

30) 현재 2009. 10. 29 2009헌라8·9·10(병합), 판례집 21-2(하), 14, 64.

의 60% 이상이 이 법안의 시행을 반대하고 있었다(한겨레신문, 2012. 4.25).

경향신문 여론조사에서는 방송법 개정 목적이 ‘방송장악을 위해’라는 응답이 60.0%, ‘일자리 창출’이라는 응답이 25.9%로 나왔다. 또한 SBS-TNS 여론조사에서는 69.2%가 방송법 개정안에 반대하는 것으로 나타났다(경향신문 2009.2.23.). 그리고 미디어법에 대한 반대 여론은 시간이 지나도 감소하지 않았으며 찬성 의견보다 압도적으로 우세했다[그림 3-2].

[그림 3-2] 방송법 개정 찬반의견 여론조사 동향



특히 기자와 PD 등 언론인들은 물론 언론학자 대부분이 대기업과 신문의 지상파방송 소유 허용을 비롯한 한나라당 미디어법안과 6월 임시국회 강행 처리를 반대하고 있었다.³¹⁾ 2009년 5월 말 언론학회와 언론정보학회, 방송학회 등 언론 관련 3대 학회 소속 언론학자 300명과 언론인 단체에 소속된 500명의 기자·PD·방송기술인 등을 대상으로 실시한 여론조사³²⁾에서 자산 10조원 이상의 대기업이 지상파방송 지분을 소유하도록

31) 언론인의 85%·언론학자 67% “대기업 지상파 방송 소유 반대”(경향신문 2009.6.2.)

허용하는 데 대해 언론인의 84.8%, 언론학자의 67%가 반대하는 것으로 조사되었다. 신문사의 지상파방송 지분 허용에 대해서도 언론인들의 반대 의견은 78%에 달했으며 언론학자들의 경우에도 64.7%가 반대했다. '사실상의 지상파방송'으로 불리는 종합편성채널(중편)에 대한 대기업과 신문사의 진출을 허용하는 문제도 같은 기조가 유지됐다. 대기업의 중편 진출에 대해 언론인들은 72.6%가 반대해 찬성 의견(24.2%)보다 3배 높은 수치를 보여주었다. 언론학자들의 경우 61%가 반대한 데 비해 37.7%는 찬성 입장을 밝혔다. 대기업의 보도전문채널 진출에 대해선 언론인의 81%, 언론학자의 70.3%가 반대했다. 신문사의 보도전문채널 진출은 각각 64%, 54%가 반대 의견을 나타냈다.

이어서 국회 본회의에서 강행처리 되기 한 달 전에 실시한 여론조사³²⁾를 살펴보면 미디어법 표결처리 여부와 관련해서 '국회와 전문가간 충분히 논의되었으므로 국회에서 표결처리 해야 한다'는 의견은 18.0%에 불과한 반면, '국민여론이 충분히 수렴되지 않았으므로 표결처리 말아야 한다'는 의견은 58.9%, '잘 모르겠다'는 의견은 23.1%로 나타났다.

또한 정부여당이 미디어법 처리 명분으로 내세운 '방송산업경쟁력 강화' 주장에 대해서도 '동의하지 않는다'는 응답이 46.2%로, '동의한다'는 응답 25.7%에 비해 부정적 의견이 높게 나타났다. '미디어법이 새로운 일 자리를 창출하게 될 것'이라는 응답에 대해서도 '동의하지 않는다'는 응답이 43.0%로, '동의한다'는 의견 31.9%보다 높았다. 또한 '미디어법으로 인해 언론 다양성이 높아진다'는 질문에는 47.5%가 '동의하지 않는다'고 답한 반면, 30.6%만 '동의한다'고 답했다. 그리고 '미디어법으로 인해 대기업에 의한 여론장악이 우려된다'는 주장에는 63.0%가 동의한 반면, '동의하지 않는다'는 응답은 17.6%에 그쳤다.

한편, 국회는 언론 관련 법안 처리를 위한 여론수렴 기구인 미디어발전 국민위원회를 발족시켰지만, 그 존재 의의는 미미했다. 표면적으로 여당과 야당 간의 중재와 협상이 이루어지는 것처럼 보일 뿐, 이미 여당과

32) 한국리서치(2009.6.2.) 언론인 표집오차는 95% 신뢰수준 $\pm 4.4\%p$, 언론학자는 95% 신뢰수준 $\pm 5.7\%p$.

33) 한국리서치(2009.6.20.) 전국 성인 1천명, 95% 신뢰수준, 오차범위 $\pm 3.1\%p$.

야당은 미디어법 처리를 둘러싸고 타협할 수 없는 이견을 보이고 있었다. 이러한 상황을 극명하게 보여준 것은 당시 문화체육관광방송통신위원회의 간사를 맡고 있는 나경원 의원과 전병헌 의원의 발언에서 확인할 수 있다.

당시 국회 문화체육관광방송통신위의 한나라당 간사인 나경원 의원은 여론조사 반영 여부를 놓고 “법안에 대해 여론조사를 하는 것은 입법권 침해이며, 대의민주주의 원리에 반한다”고 주장했다. 그리고 전날 진행된 인터뷰에서도 여론조사 실시에 대해 “국민들이 미디어법 성격을 잘 알고 여론조사에 응할 수 있겠나, 모든 쟁점 법안에 대해 여론조사를 하는 것은 적절치 않다”³⁴⁾고 말했다. 반면 민주당은 “헌법상 주요 정책은 국민투표를 실시할 여지를 열어 두고 있다. 여론조사에서 국민 반대가 압도적이면 미디어법은 중단 또는 폐기돼야 한다(전병헌 의원 발언)”³⁵⁾고 말했다. 이렇듯 국회는 각계각층의 국민여론과는 동떨어진 판단을 내리고 있었음을 알 수 있다.

헌법소송이 제기된 후 법학교수들을 대상으로 실시된 여론조사³⁶⁾에서 ‘헌재가 미디어법 무효 결정을 내려야 한다’는 의견이 60.8%로 나타났다. 반면 ‘결정적 하자가 없는 만큼 유효취지 결정을 내려야 한다’는 응답은 20.6%에 불과했다. 그리고 2009년 7월 22일 국회의 미디어법 처리 과정에 대해서도 ‘대리투표, 재투표 등 법적·절차적으로 문제가 있었다’(70.9%)는 시각이 ‘강행처리 되긴 했지만 법적·절차적으로 별 문제가 없었다’(21.2%)는 의견보다 세 배 이상 많은 것으로 나타났다.

③ 판결문에 나타난 입법관련 행위에 대한 관점

“권한쟁의심판 청구를 매개로 정치적 도구로 이용되는 것을 방지”³⁷⁾한

34) CBS 라디오 인터뷰, 2009.6.18

35) 경향신문 2009.6.19

36) 한국사회여론연구소(2009.10.17.~19.), 전국 100개 대학 법학교수 189명 상
대 전화 면접 방식(경향신문 2009.10.20.)

37) 헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8 등, 판례집 21-2하, 39.

다는 표현은 헌법재판소가 권한쟁의심판을 통해 국회 내부 절차에 대한 판단을 어떻게 내릴지에 관한 관점을 가장 잘 드러내고 있다고 볼 수 있다. 이를 통해 국회 절차에 관한 권한쟁의 사건은 소송의 원인과는 별개로 비슷한 결론이 도출되고 있다는 것을 알 수 있다.

헌법재판소는 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의심판을 통해 입법관련 행위에 대한 근원적인 문제 해결은 청구인에게 있음을 강조하고 있다. 헌법재판소는 “권한쟁의심판 청구에 있어 권리보호 필요성은 특히 권한쟁의심판 청구가 정치적으로 악용될 소지가 있는 경우에 문제된다. 물론 권한쟁의심판 청구의 청구인에게 정치적 동기가 있다고 하여 권리보호 필요성을 부정할 수는 없다고 할 것이지만, 예외적으로 청구인이 스스로의 행위를 통해서 권리의 침해를 적시에 방지할 수 있었음에도 불구하고 이를 행하지 아니하였다거나 또는 청구인이 자신의 권리를 구체적으로 행사하지도 않고 오히려 다른 기관의 권리를 적극적으로 침해하였으면서도 자신의 권리의 침해만을 주장하면서 헌법재판소에 대하여 정치적으로 원하는 결과를 얻도록 도와줄 것을 요구하는 경우에까지 청구인의 권한쟁의심판 청구에 있어 권리보호 필요성을 인정할 수는 없다고 할 것이다. 국회의 다수파나 소수파로 하여금 정치적으로 원하는 결과를 얻게 하는 것 또는 그들이 정치적으로 원하지 않았던 결과를 무효로 하는 것이 헌법재판의 과제라고 할 수는 없기 때문이다.”³⁸⁾라고 강조하고 있다.

이러한 관점을 견지하고 있는 헌법재판소는 입법관련 행위의 헌법 위배 여부를 판단할 때 상대적으로 여론의 영향으로부터 자유로운 판단을 내리고 있다. 즉, 헌법재판소는 판결문을 통해 국민여론조사와 반드시 일치하는 결론을 내려야 하는 것은 아니라는 입장을 보이고 있다. 헌법재판소는 “청구인들은, 대다수 국민들이 이 사건 각 법률안을 반대하고 있음에도 여야 간 합의나 협상을 무시한 채 국회의장이 이를 본회의에 직권상정 하여 강행처리한 것은 적법절차의 원칙이나 대의민주주의 원리에 반한다고 주장한다. 대의민주주의가 국가의사를 국민이 직접 결정하지 않고 대표자를 선출하여 그로 하여금 결정하게 하는 민주국가의 의사결

38) 헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8 등, 판례집 21-2하, 38.

정제도이고, 그것이 제대로 기능하기 위해서는 국민의 대표자가 특수이익이나 부분의사에 지배되지 않고 국민의 전체이익과 일반의사에 합치되도록 권한을 행사하여야 함은 물론이나, 그러한 의미의 대의민주주의가 바르게 작동되었는지 여부에 대한 판단은 궁극적으로 주권자인 국민의 몫일뿐이고, 여야 간의 정치적 합의를 국회법적으로 의미 있거나 법적 구속력 있는 것으로 볼 수 없는 이상, 헌법재판소가 여론과 국가기관의 의사 일치 여부에 주목하여 국가기관의 적법한 행위를 대의민주주의 원리의 위배 여부라는 관점에서 심사할 수는 없다.”³⁹⁾라고 하고 있다. 이는 앞서 살펴본 미디어법 강행 처리와 관련한 여론을 의식한 표현으로 볼 수 있다. 당시 국민여론은 미디어법 처리를 반대하고 있는 상황이었는데, 헌법재판소는 이러한 여론을 반드시 고려해야 할 필요는 없다고 보는 것이다. 반응성과 사법자제의 관계에서 살펴본다면 헌법재판소는 반응성을 최소화하면서 전략적인 판단을 내리고 있다는 것을 알 수 있다.

국회선진화법이 제정되기 전까지 국회의장의 직권상정은 물리적 폭력과 제지를 수반하고 있었다. 미디어법 처리 역시 국회의장의 직권상정으로 본회의장에서 정상적인 회의가 진행될 수 있는 상황이 아니었다. 당시 다수 의석을 점유하고 있던 한나라당은 다수결의 논리로 미디어법을 강행 처리했고, 소수당은 국회 절차를 통해 반대 의견을 표시할 수 있는 통로가 막혀버렸던 것이다. 즉 국회에서 상대적인 소수 집단은 다수결 원리의 불공평성에 대한 문제를 해결하기 위해 헌법소송을 제기하고 있다.

그러나 헌법재판소는 국회 본회의장의 폭력 사태와 소수당의 주장에 대해 다른 입장을 가지고 있었다. 헌법재판소는 국회에서 물리적 폭력이나 억압행위는 판단의 대상이 되지 않는다고 보고 있다. “청구인들은 이 사건 심판청구서에서 피청구인의 이 사건 각 법률안 가결선포행위로 말미암아 자신들의 법률안 심의·표결권이 침해되었다고 주장하였다. 물론 표결에 참가하지 아니한 국회의원이라도 심의·표결권의 침해를 주장할 수 있다고 할 것이지만, 만일 청구인들 중 일부가 문제된 안건에 대해서

39) 헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8 등, 판례집 21-2하, 43-44.

심의·표결권을 행사할 수 있었음에도 불구하고 이를 행사하지 아니하였을 뿐만 아니라 오히려 다른 국회의원의 안전에 대한 심의·표결권 행사 및 피청구인의 의사진행을 적극적으로 방해하기까지 하였다면, 적어도 그러한 경우까지 그들의 심의·표결권 보호를 명목으로 한 권한쟁의심판청구를 허용해서는 안 될 것이다.”⁴⁰⁾라면서 직권상정을 방해한 행위는 국회의원의 심의·표결권 침해와 별개의 사항으로 판단하고 있다.

헌법재판소는 국회 내의 의사절차에 관한 사항은 국회 자율성의 영역으로 간주한다. 헌법재판소는 “피청구인은 회의장이 소란하여 질서유지가 곤란하다고 인정할 때에는 회의를 중지하거나 산회를 선포할 수 있는데(국회법 제145조 제3항), 이러한 행위는 결과적으로 의사진행을 저지하려는 의원들의 의도에 부합하게 된다. 결국 이러한 경우 의사진행에 대한 최종적 판단권은 국회의 대표자로서 의사진행에 관하여 전반적이고 포괄적인 권한과 책임이 부여된 피청구인에게 유보되어 있으므로, 피청구인으로서의 절차를 계속 진행할 것인지 중단할 것인지, 제안취지 설명을 구두로 하게 할 것인지 컴퓨터 단말기에 입력하는 방식으로 대체할 것인지, 입력 후 얼마의 시간 간격을 두고 투표가 개시되도록 할 것인지 등 절차 전반에 관하여 상당한 재량권을 가져야 한다고 볼 것이다. 우리 헌법재판소도 국회와 국회의원의 헌법상 지위 등 제반 사정을 고려하여, 피청구인의 의사진행시 국회법상 절차를 엄격히 따르지 않더라도 이는 의사진행의 자율권의 범위 내로서 국회법을 위반하였다고 할 수 없다고 수차례 걸쳐 판시한 바 있다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 630; 헌재 2008. 4. 24. 2006헌라2, 판례집 20-1상, 438, 447 결정 참조).”⁴¹⁾라고 강조하고 있다.

또한 법률안 가결선포행위에 대한 무효 확인에 대해서도 국회의 입법형성권과 자율성을 존중한다는 이유로 판단하지 않고 있다. 헌법재판소는 “국가기관 상호간의 권한쟁의심판 결과 드러난 위헌·위법 상태를 제거함에 있어서 피청구인에게 여러 가지 정치적 형성의 여지가 있는 경우에

40) 헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8 등, 판례집 21-2하, 38.

41) 헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8 등, 판례집 21-2하, 46-47.

는, 헌법재판소로서는 피청구인의 정치적 형성권을 가급적 존중하여야 하므로, 재량적 판단에 의한 무효 확인 또는 취소를 통하여 피청구인의 처분의 효력을 직접 결정하는 것은 권한질서의 회복을 위하여 헌법적으로 요청되는 예외적인 경우에 한정되어야 한다. 국회의원이 국회의장을 상대로 국회에서의 입법절차의 하자로 말미암아 자신의 심의·표결권이 침해되었다고 주장하는 이 사건과 같은 유형의 권한쟁의심판에 있어서도 특히 국회의 입법에 관한 자율권을 존중하는 의미에서 헌법재판소는 원칙적으로 처분의 권한 침해만을 확인하고, 권한 침해로 인하여 야기된 위헌·위법 상태의 시정은 피청구인에게 맡겨두는 것이 바람직할 것이다.”라고 적시하고 있다. 이어서 “법률의 제정절차 중 일부 과정의 하자에 의하여 청구인의 권한이 침해된 경우 심판대상인 피청구인의 처분은 일련의 ‘법률제정행위’의 한 부분일 뿐 ‘법률제정행위’ 또는 그 결과인 ‘법률’ 자체로 이해할 것은 아니다.”⁴²⁾라면서 권한 침해와 법률효력에 대한 판단은 상호 구분하고 있다.

3. 국회의 자율성 범위와 권한쟁의심판의 정치적 효과

앞서 판례를 통해 살펴본 바와 같이 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 사건은 입법행위와 절차에 대한 위법사항이 발견되더라도 그로 인한 입법의 효과를 취소하거나 무효화 한 적은 단 한 차례도 없었다.⁴³⁾ 본회

42) 헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8 등, 판례집 21-2하, 80.

43) 헌법재판소는 이러한 결정을 내리고 있는 이유를 의결정족수에서 찾고 있다. “법률안 가결선포행위를 무효 확인하거나 취소할 경우 그것은 실질적으로 해당 법률 전체의 효력을 무효화하는 결과를 초래하므로 그 인용결정도 법률의 위헌결정에 필요한 정족수인 재판관 6인 이상의 찬성요건을 충족해야 할 터인데, 권한쟁의심판의 절차를 이용하여 이를 처리할 경우에는 그에 못 미치는 재판관 5인의 찬성(7인이 평결할 경우에는 재판관 4인의 찬성)만으로도 인용결정이 이루어질 수 있다고 하는 것은 권한쟁의심판을 인정한 당초의 제도적 취지를 벗어날 뿐만 아니라 법률의 위헌결정에 필요한 정족수를 규정한 헌법 제113조 제1항의 취지에도 반하는 부당한 결과를 초래한다.”(헌재 2011. 8. 30. 2009헌라7, 판례집 23-2상, 239)

의장에서 국회의장의 가결선포행위에 대해서 위헌확인을 했음에도 불구하고 이로 인한 법률안의 취소나 무효는 선언된 적이 없었음을 알 수 있다.

헌법재판소에 제기된 권한쟁의 사건을 살펴본 결과를 토대로 다음과 같은 문제가 제기될 수 있다. 첫째, 국회의원의 법률안 심의·표결권이란 무엇인가? 둘째, 헌법에서 보장하는 국회의원의 권한과 국회의 자율성의 범위는 무엇인가? 여기에서는 국회의원의 심의·표결권과 헌법에서 보장하는 국회의원의 권한과 국회의 자율성에 대해 검토해 보기로 한다.

(1) 국회의원의 법률안 심의·표결권

헌법재판소는 “국회의원은 국민에 의하여 직접 선출되는 국민의 대표로서 여러 가지 헌법상·법률상의 권한이 부여되어 있지만 그 중에서도 가장 중요하고 본질적인 것은 입법에 대한 권한임은 두말 할 나위가 없고, 이 권한에는 법률안제출권(헌법 제52조)과 법률안 심의·표결권이 포함된다. 국회의원의 법률안 심의·표결권은 비록 헌법에는 명문의 규정이 없지만 의회민주주의의 원리, 입법권을 국회에 귀속시키고 있는 헌법 제40조, 국민에 의하여 선출되는 국회의원으로 국회를 구성한다고 규정하고 있는 헌법 제41조 제1항으로부터 당연히 도출되는 헌법상의 권한”이라고 함으로써 국회의원의 법률안 심의·표결권은 헌법상 권한이며 그 근거는 의회민주주의 원리, 헌법 제40조(입법은 국회에 속한다) 및 제41조 제1항(국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다)으로 보고 있다(박승호 2000, 10-11).

헌법에서 보장하고 있는 국회의원의 법률안 심의·표결권은 국회의원이 가지는 고유한 특성 중의 하나이다. 법률안이 통과되기 위한 사전 절차인 표결권은 국회의원이 상임위원회 혹은 본회의에서 해당 법률안에 대해 찬반의 의사표시를 하는 최종적인 의사절차이다.

(2) 국회의 자율성 범위

입법절차와 관련하여 헌법 제64조 제1항에서는 국회가 법률에 저촉되지 않는 범위 안에서 의사와 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있도록 하여 국회의 자율권을 폭넓게 보장하고 있다. 헌법재판소는 “입법절차에 헌법이나 법률의 규정을 명백히 위반한 흠이 있는 경우가 아닌 한 그 자율권은 권력분립의 원칙이나 국회의 위상과 기능에 비추어 존중되어야 한다”고 판시한 바 있다.⁴⁴⁾

국회의 자율성은 내적인 요소와 외부요인으로 구분할 필요가 있다. 내부요인은 국회 상임위원회와 본회의에서 일어나고 있는 의사절차를 대상으로 하며, 그 행위자는 국회의원과 상임위원장, 그리고 국회의장 등으로 세분화된다. 국회의 질서유지권은 집회 등에 관한 자율권, 내부조직에 관한 자율권, 국회규칙의 자율적 제정권(헌법 제64조 제1항), 의사에 관한 자율권, 의원신분에 관한 자율권(헌법 제64조 제2항)과 더불어 국회의 자율권의 내용을 구성하고 있다. 권한쟁의심판은 국회 자율성의 내적인 요인을 대상으로 하고 있다.

국회자율성의 내적인 요인 중 가장 핵심적인 주체는 국회의원이다. 상임위원장과 국회의장 모두 선거를 통해 국회의원으로 선출된 자를 전제로 하고 있다. 국회의원의 자율성은 헌법과 국회법으로 보장하고 있다. 헌법에는 “국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다(헌법 제46조 제2항)”라고 명시하고 있으며, 국회법은 “의원은 국민의 대표자로서 소속정당의 의사에 기속되지 아니하고 양심에 따라 투표한다(국회법 제114조의2)”라고 규정하고 있다. 헌법재판소도 판례를 통해 국회의원의 자유위임 원칙에 관해 확인한 바 있다(헌재 2009.3.26. 2007헌마843). 그러나 우리나라 정당은 정당규율이 강하게 작동하는 정치체제를 특징으로 하기 때문에 국회의원이 당론과 배치되는 결정을 내리기는 쉽지 않다. 왜냐하면 재선(reelection)을 추구하는 국회의원들의 목표를 달성하기 위해서는 정당에서 주는 공천을 받아야 그 목표가 실현 가능하

44) 헌재 1998. 7. 14. 98헌라3, 판례집 10-2, 74.

기 때문이다. 정당은 공천권을 가지고 소속 국회의원들에게 강한 충성(loyalty)을 요구하고 있다. 따라서 헌법과 국회법에서 해석하고 있는 국회의원의 자유위임은 실제 정치현실과 괴리가 있다.

여기서 말하는 국회의 자율성은 국회의원의 개별적 자율성 보다는 국회 전체 차원의 기관의 자율성을 의미한다 하겠다. 즉, 이를 국회 자율성의 외부요인으로 보는 것이 타당하다. 국회 자율성의 외부요인은 국회를 하나의 기관으로 간주하고 행정부와 헌법재판소 등 다른 기관과의 관계에 초점을 둔다. 입법부와 행정부는 법률안 제출권한을 공유하고 있으나 최종적인 법률안 표결권은 국회가 가지고 있다. 국회와 헌법재판소는 법률안의 위헌 여부, 국회의원의 권한침해 여부 등과 관련하여 국회의 자율성에 관한 논의를 하고 있다.

국회는 국민의 대표기관이자 입법기관으로서 특별정족수를 비롯한 의사와 내부규율에 관한 1차적 자치규범인 국회법 등의 제·개정은 물론 실제 국회운영 등에 관하여 폭넓은 자율권을 가지고 있기 때문에, 국회의 의사절차나 입법절차에 관한 국회법의 내용에 헌법 규정을 명백히 위반한 경우가 아닌 한 권력분립의 원칙이나 국회의 위상과 기능에 비추어 그 자율권은 존중되어야 한다는 것이 헌법재판소의 기본적인 입장이다. 따라서 그 자율권의 범위 내에 속하는 국회의 의사와 내부규율 사항에 관한 국회의 판단, 즉 국회법의 내용에 대하여는 다른 국가기관이 개입하여 그 정당성을 가리는 것은 바람직하지 않다는 의견을 견지하고 있다.

① 법률안 가결선포행위의 의미

입법절차의 하자를 이유로 하는 권한쟁의심판은 국회의장의 ‘법률안가결선포행위’를 그 판단 대상으로 하고 있다. 국회의장이 행하는 법률안가결선포행위는 법안이 최초 제안되는 순간부터 소속 상임위원회에서 해당 기관과 이해관계자들과의 협의와 타협 등을 거치면서 안건이 상정되고 통과된 후, 법제사법위원회에 회부되어 체계자구심사를 거쳐 본회의에 상정되고 전체 국회의원들을 대상으로 한 표결에 이르기까지의 모든

절차를 통과했음을 선언하는 의사절차행위이다. 헌법재판소가 판단하고 있는 국회의장의 가결선포행위는 본회의장에서 행해지는 단계별 토론·심의 절차 등을 누적적으로 합산한 것을 총칭하는 것이다.

그러나 헌법재판소 결정 주문에서는 국회의장의 ‘법률안가결선포행위’만 표기되고 있는데, 법률안가결선포행위에 이르는 과정에서 국회의장의 어떠한 의사진행행위가 헌법이나 국회법을 위반하여 국회의원의 권한을 침해하는 것인지 구체적인 내용이 언급되지 않고 있다. 그 결과 권한쟁의 심판절차에서 헌법재판소 결정의 기속력의 범위가 불명확해지는 문제점이 나타나게 된다. 즉 위반사항이 불명확한 이상 국회가 무엇을 수정하고 개선해야 할지에 대한 인식도 불명확해지게 된다. 그 결과 같은 사항을 다시 위반할 여지가 생기게 되며 무엇을 할지 모르게 되어 아무것도 하지 않는 상황이 발생할 수 있다. 이러한 문제점을 드러낸 것이 2009년에 제기된 국회의 부작위로 인한 권한침해(헌재 2010. 11. 25 2009헌라12) 사건이었다.

② 위법·위헌의 불특정화와 절차적 민주주의의 정당성 관제

이 사건(헌재 2010. 11. 25 2009헌라12)은 다른 권한쟁의심판 사건들과는 달리 기존의 권한침해가 인정됨에도 불구하고 국회 차원에서 아무런 조치도 취하지 않은, 이른바 ‘부작위’에 의해서 국회의원의 권한이 침해되었다는 이유로 헌법소송이 제기되었다. 이는 앞에서 살펴보았던 미디어법 사건과 관련된다. 헌법재판소가 <2009헌라8> 결정의 주문 제2항에서 신문법안 및 방송법안 가결선포행위가 국회의원들의 법률안 심의·표결권을 침해한 것이라고 인정하였으므로, 결정주문의 기속력에 따라 국회의장은 침해된 국회의원 권한을 회복할 수 있는 조치를 취하여야 함에도 불구하고 아무런 조치를 취하지 않은 부작위로 인해 국회의원들의 법률안 심의·표결권이 재차 침해되었다는 것이 이 사건의 청구 취지였다.

이에 대해 헌법재판소는 4(각하): 4(인용): 1(기각)로 청구기각결정을 내렸다. 각하 의견과 기각 의견은 그 효력이 동일하기 때문에 최종적으로

이 사건은 기각되었다. 네 명의 재판관(이공현, 민형기, 이동흡, 목영준 재판관)의 각하의견에 따르면 재처분 의무나 결과제거의무는 처분 자체가 위헌·위법하여 그 효력을 상실시키는 것을 전제로 하는데, 이는 취소 결정이나 무효 확인 결정에 달린 것이며 침해확인결정의 기속력의 의미는 아니라고 보고 있다. 한편, 침해가 인정된다는 인용 의견을 살펴보면 다음과 같다. 조대현, 김희옥, 송두환 재판관은 권한침해확인결정의 기속력은 위헌·위법상태제거의무를 내용으로 하고 따라서 국회와 국회의원들은 위법하게 진행된 ‘심의·표결절차의 위법성을 제거’하고 ‘침해된 국회의원의 심의·표결권을 회복’시켜줄 의무를 부담해야 한다는 의견을 제시하고 있다.⁴⁵⁾ 이강국 재판관은 국가기관 상호간의 권한쟁의심판에서는 피청구인의 정치적 형성권을 존중하여 권한침해확인 결정에 그쳐야 하지만 권한쟁의심판제도의 실효성 확보 내지 주관적 권한구제의 기능을 수행하기 위하여 권한침해확인결정의 기속력에는 위헌·위법상태 제거의무가 포함되어야 한다며 인용의견을 주장했다.⁴⁶⁾

헌법재판소는 권한침해에 대해서 위법·위헌상태를 확인할 의무가 있지만, 위헌·위법상태를 제거하기 위한 자구노력은 국회의 자율에 달려 있음을 명확히 하고 있다. 헌법재판소는 권한침해와 가결선포행위를 각각 별개로 판단하고 있으며, 권한침해의 확인은 위헌과 위법한 상황을 개선하는 것을 반드시 포함하는 것은 아니라는 입장에 서 있다. 헌법재판소법 제66조도 권한쟁의심판절차에서 ‘청구인과 피청구인의 권한의 유무 또는 범위 및 청구인의 권한침해 여부에 관한 결정(제1항)과 ‘권한침해의 원인이 된 처분의 무효 확인 내지 취소여부에 관한 결정(제2항)으로 분리하여 결정형식을 이원화하고 있다. 학계에서는 헌법재판소가 권한침해 여부만 확인하여야 하며 무효로 이어져서는 안 된다는 의견과 권한침해는 곧 적법절차를 위반한 것으로 무효가 되어야 한다는 견해로 대립되는 등 다양하게 논의되고 있다.⁴⁷⁾

45) 헌재 2010. 11. 25. 2009헌라12, 판례집 22-2(하), 334.

46) 헌재 2010. 11. 25. 2009헌라12, 판례집 22-2(하), 336.

47) 이에 대한 논의는 박승호 2000, 14-18 참고.

(3) 정치적 판결에 대한 해석

여당 단독으로 처리한 법률안은 야당의 지지를 받을 수 없기 때문에 야당의 입장에서는 해당 법률의 효력을 무력화시키기 위한 다양한 방안이 모색된다. 일차적으로는 해당 법률안의 개정안을 발의하는 방법이 있다. 그러나 국회의석수의 변화가 없는 이상 개정안을 처리하는 것은 사실상 불가능하다. 이는 다시 말해 야당으로서는 국회 내에서 동원할 수 있는 방법이 거의 없다는 것을 의미하는 것이기도 하다. 정치적인 돌발 상황이 발생해 여당에게 불리한 상황이 발생할 경우, 야당은 이를 빌미로 법률안 거래를 시도하기도 한다. 그러나 이러한 시도는 자칫 밀실거래라는 여론의 지탄을 받을 수도 있다. 그리고 법률안 거래는 보통 본회의 상정 전에 여·야 간에 협상을 완료한다. 따라서 이미 본회의를 통과한 법률안은 더 이상 협상의 대상이 될 수 없다. 문제는 여당과 야당 간의 합의를 이루지 못한 안건을 어떻게 처리하느냐를 둘러싸고 발생한다. 국회의장의 직권상정은 여당과 야당 간의 합의가 불발된 경우에 마지막으로 처리할 수 있는 절차로 인식되어 왔다. 그러나 국회 내에서 야당의 절대적인 의석수가 모자란 상황에서는 국회 다수결 원리의 불공평성을 주장하게 되고 이를 해결하기 위한 방법으로 법률에 대한 위헌여부를 판단해 법률의 효력을 무효화하려고 시도하게 된다.

국회 의사규칙 및 절차의 위헌 여부와 관련하여 헌법재판소의 다수의견은 국회의 자율성을 존중한다는 차원에서 국회의원의 심의·표결권 침해 여부와 법률안 효력의 위헌 여부를 별개로 판단해야 한다고 보고 있다. 한편, 소수의견으로는 절차상에 하자가 있다면 그로 인한 법률안 효력도 무효라는 주장도 제기되지만, 법률안 무효 결정이 가져올 법의 공백과 혼란을 최소화해야 한다는 차원에서 다수의견이 지배적인 견해로 통용되고 있다.

국회 의사규칙과 운영 그리고 여기에서 파생되는 법률안은 국회의 자율권 영역에 해당된다. 여기에서 의미하는 자율권은 국회 전체가 다른 기관에 대해 가지고 있는 독립적인 위치를 의미하는 것이며, 동시에 국회

내부의 운영과 규칙 역시 국회의 고유한 영역이라는 점을 함축하고 있다. 헌법재판소의 위헌법률심판은 국회에서 만든 법률안에 대해 위헌여부를 판단하고 있지만, 권한쟁의심판은 법률안 위헌여부까지는 판단하지 않고 있다. 권한쟁의심판을 통해 국회의 자율성이 존중되고 있지만, 한편으로는 다른 심판과는 달리 권한쟁의심판 인용정족수가 의결정족수의 과반수라는 점에서 인용정족수의 불평등이라는 절차상의 문제가 있기 때문에 헌법재판소는 권한쟁의심판을 통한 위헌 결정을 소극적으로 해석하고 있다.

헌법재판소가 입법관련 행위를 판단할 때 고려되는 주요한 요인은 국회의 자율성이다. 국회가 헌법소송으로 제기하고 있는 사건들은 주로 국회 내에서 소위 날치기 사건으로 통과된 법률에 대한 효력을 무효화하기 위한 목적에서 제기되고 있다. 즉, 국회에서 의석의 과반수를 점유하지 못한 집단이 과반수를 획득하고 있는 다수의 수적 논리에 법적으로 반기를 제기하는 것이다. 헌법재판소는 입법관련 행위에 대한 판단을 내릴 때 절차상의 위헌만 확인할 뿐, 법률의 무효나 구체적인 문제 해결 방식에 대해서는 판단을 보류하고 있다. 이러한 헌법재판소의 판단은 국회의 입법형성권에 대한 존중, 혹은 권한쟁의심판을 통한 정치 개입의 자제라는 표현으로 제안되고 있다. 미디어법 사건의 경우, 각계각층의 여론은 미디어법의 강행처리에 대해서 반대하는 의견이 우세했었다. 헌법재판소는 판결문을 통해 여론에 대한 반영은 정치권에서 선거를 통해 이루어지는 것이지, 재판 과정에 영향을 주는 것은 아니라는 입장을 명확히 밝혔다. 권한쟁의심판 판결을 통해 본다면 헌법재판소는 여론에 대한 반응성에 상당히 소극적이라고 평가할 수 있다. 헌법재판소가 반응성에 소극적인 이유는 입법관련 행위에 대한 판단은 절차만 주목할 뿐, 입법의 효과에 대한 판단은 자제함으로써 정치과정에 개입하는 것을 스스로 제어하고 있기 때문이다. 동일한 패턴을 반복하고 있는 권한쟁의심판 판결이야말로 정치의 사법화로 분류될 수 있는 가장 적합한 사례라고 볼 수 있다.⁴⁸⁾ 절차의 위헌에 대한 확인은 헌법재판소의 제도적 정당성을 확대하

48) 국회의원과 국회의장의 권한쟁의 사건에서 정치의 사법화에 관한 분류를

고 있지만, 잘못된 절차로 양산된 법률에 대한 효력은 그대로 인정하고 있다는 점에서 반응성과 책임성은 최소화하고 있다는 것을 알 수 있다. 절차에 대한 위헌 판단은 하되 입법효력은 유효하다는 판단은 사법자제 판결로 볼 수 있으며, 그 결과 다수결 원리의 정당성은 강화되고 있다.

4. 소결: 사법자제를 통한 다수결 원리의 정당성 강화

한미FTA 비준동의안 외통위 상정 사건, 본회의 반대로론 절차상의 하자 사건, 그리고 미디어법 사건 모두 헌법재판소는 동일한 패턴의 결론을 내리고 있다. 절차상의 헌법 위배는 인정되지만, 그 법률 효력의 무효청구는 모두 기각 결정을 내리고 있다. 법률무효청구를 기각한 이유는 국회 내부의 절차에 대한 개선은 입법부의 자율영역에 해당하므로 헌법재판소가 법률의 무효선언을 통해 정치형성권에 개입해서는 안 된다는 논리 때문이다.

입법권이 국회에 속한다는 원칙조항인 헌법 제40조, 기본권의 제한은 법률로써 하여야 한다고 규정한 헌법 제37조 제2항, 법률이 법규명령에 위임할 경우 구체적으로 범위를 정하여야 한다고 제한하는 헌법 제75조 등은 의회유보를 일반적으로 규정하고 있다. 의회유보(Parlamentsvorbehalt)는 사인의 기본권 등 국가공동체에 중요한 사안에 대해서는 국민의 직접 선거로 구성된 의회에서 결정해야 한다는 요청으로서 의회에 대한 헌법적 심사의 척도가 된다. 독일 연방헌법재판소는 1970년대 중요성과 의회유보를 결부하여 새로운 의미를 부여하고 있다. 중요한 사항에 대한 결정은 법률제정권자의 독점적 권한이어서 다른 기관에 넘길 수 없다고 하면서 의회유보가 중요성설을 통해 실질적 의미를 획득하고 있다. 의회유보의 핵심은 의회입법의 규율밀도를 강화하라는 명령이다. 이로써 의회가 헌법에서 규정한 법률제정의 임무로부터 회피할 퇴로가 차단된다(이환학 2015, 20).

제시하고 있는 연구 참고(차동욱 2016)

헌법재판소는 특히 “우리 헌법 제40조의 의미는 적어도 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 사항을 비롯하여 국가의 통치조직과 작용에 관한 기본적인 본질적인 사항은 반드시 국회가 정해야 한다”⁴⁹⁾고 명시하고 있다. 그런데 헌법 제40조 원칙에서는 국회가 구체적으로 무엇을 정해야 하는지에 대해서는 아무런 언급이 없다. 따라서 이를 구체화하는 과정에서 국회는 다른 기관들, 특히 헌법재판소가 그 구체화된 내용을 판단하게 되는 순간 양 기관은 협의보다는 갈등관계를 보이게 된다.

헌법재판소의 권한쟁의심판은 청구인과 피청구인 간의 권한침해 여부를 판단대상으로 하고 있다. 그러나 헌법재판소는 국회의 입법권과 자율권의 범위 내에 속하는 국회의 의사와 내부규율에 관한 사항은 국회가 아닌 다른 국가기관이 개입하는 것은 바람직하지 않다는 입장을 견지하고 있다. 정치과정에 개입하지 않겠다는 헌법재판소의 의지를 미루어볼 때 국민여론이나 정부가 보여주는 견해는 판결에 크게 영향을 주지 못한다. 헌법재판소는 입법행위와 관련된 문제에 대해서는 절차의 위헌 여부만 판단함으로써 제도적 정당성은 공고하게 유지하고 있다. 반면, 국회의 부작위와 같은 분쟁이 계속 발생하고 있음에도 불구하고 이에 대한 문제 해결을 제시하지 않고 있다는 점에서 반응성과 책임성에 대해서는 소극적으로 대응하고 있음을 알 수 있다. 헌법재판소는 다수결 원리의 불공평성에 대해서 문제를 제기하고 있는 헌법소송에 대해 정치과정에 개입하지 않는다는 기조를 유지하면서 사법자제 판결을 내리고 있다. 다수결 원리의 불공평성에 대한 문제는 여전히 사법심사 대상이 되고 있지만, 사법자제 판결을 통해 역설적으로 헌법재판소가 다수결 원리의 불공평성을 헌법적으로 강화하고 정당성을 부여하고 있다고 평가할 수 있다.

49) 헌재 1998. 5. 28 96헌가1; 헌재 2001. 4. 26. 2000헌마122 등

제4장 [헌법소송 유형3]

다수결 원리와 국민여론 간의 불일치에서 비롯된 사건

헌법소송은 국회에서 다수결 원리에 의해서 가결된 법안이라 할지라도 국민여론과 불일치할 경우, 개인의 기본권을 구제하기 위한 목적에서 제기될 수 있다. 이 유형은 앞에서 다루었던 다수결 원리의 불공평성을 문제 제기하고 있는 헌법소송과는 성격이 다르다. 다수결 원리의 불공평성은 국회 내의 절차와 국회의원의 입법권과 표결권에 관한 권한의 다툼에 관한 문제에 집중하고 있다. 반면, 이 유형은 국회에서 압도적으로 통과된 법률이 국민여론과 일치하지 않는 경우에 개인의 기본권이 제한되고 있다는 점에 주목하고 있다. 다수결 원리와 국민여론이 상호 충돌하는 경우에 개인의 기본권을 보호하고 확대하기 위해 헌법소송이 제기될 수 있다. 개인의 기본권 구제를 위해 제기되는 방식은 헌법소원심판이 대표적이다. 이러한 유형의 대표적인 사례는 「신행정수도의 건설을 위한 특별조치법」(이하 신행정수도건설법)의 위헌 결정이다. 이 사례는 특히 국민여론(반응성)과 헌법재판소 간의 관계에서 시사하는 바가 크다. 여론에 부합하는 판결을 내리기 위해 무리한 논리까지 동원한 판결로 볼 수 있기 때문에 헌법재판소의 결정과 여론의 관계를 검토하는 데는 가장 적절한 사례라 할 수 있다(차동욱 2017, 7).

이 법안이 국회에서 압도적인 찬성으로 통과되었지만, 2004년 당시 국민의 과반수 이상이 수도 이전에 반대하고 있는 상황이었다. 헌법재판소는 이러한 국민여론을 반영하고 있다는 내용을 판결문에 적시했으며, 관습헌법 논리와 더불어 국민여론을 위헌 판단의 중요한 기준으로 활용하였다. 헌법재판소가 국회의 입법권을 무효화 했다는 이유로 사법적극주의라는 관점이 지배적이지만, 본 연구는 헌법재판소가 국민의 기본권 침해와 헌법 개정 절차에 대한 위헌 여부를 판단했다는 점에서 사법자체 판결로 보고 있다. 다시 말해 법률 내용 자체에 대한 위헌이 아닌 그 절

차에 대한 위헌을 판단했다는 점과 개인의 기본권을 보호하고 확대하기 위한 판단을 했다는 점에서 사법자제로 보는 것이 적절하다는 견해이다. 그리고 헌법재판소의 위헌 결정으로 서울시 지방자치단체장의 정치적 위상이 강화되는 정치적 효과가 나타났다는 점도 주목할 만하다.

1. 「신행정수도의 건설을 위한 특별조치법」 위헌 사건의 발단 및 쟁점 사항

2004년은 헌법재판소가 정치과정에서 주요한 행위자로 등장하게 된 시기였다. 헌법재판소는 2004년 5월에 대통령 탄핵심판 기각 결정을 내림으로써 대통령 통치행위의 헌법적 한계를 설정했고, 같은 해 10월에는 국회가 통과시킨 신행정수도건설법이 헌법에 위배된다고 판단함으로써 위헌을 선언했다.

신행정수도건설법은 노무현 정부의 대선 공약이었던 행정수도의 충청권 이전을 실천하기 위해 마련된 법안이었다. 이 법안은 대통령 선거에서 대통령의 공약이었던 국가 정책을 구체화한 것이었고, 국회도 대통령과의 의견을 같이 하여 2003년 12월 재적의원 194명 가운데 167명 찬성, 13명 반대, 14명 기권이라는 압도적인 지지로 국회를 통과한 법률이었다.¹⁾ 이에 2004년 5월 신행정수도건설추진위원회가 발족되었으나, 2004년 10월 21일²⁾ 헌법재판소의 위헌 결정으로 법안이 폐지되었다.

1) 2002. 09. 30. 새천년민주당 노무현 대통령 후보, ‘수도권 집중 억제와 낙후된 지역경제를 해결하기 위해 청와대와 정부부처를 충청권으로 옮기겠다’는 행정수도 이전계획 발표

2002. 12. 19. 제16대 대통령선거에서 노무현 후보 당선

2003. 10. 21. 정부, 신행정수도의건설을위한특별조치법안 제안

2003. 12. 29. 국회 본회의에서 국회의원 194인중 찬성 167인으로 통과(반대 13인, 기권 14인)

2004. 01. 16 신행정수도의건설을위한특별조치법 제7062호 공포, 3월 시행

2) 현재 관계자는 “국정감사 이전에 이미 선고 기일이 결정됐는데, 국감에서의 불필요한 논란을 피하기 위해 발표를 좀 늦춘 것 같다”고 말했다(동아일보, 2004.10.20.)

신행정수도건설법 위헌 소송은 2004년 7월 12일 헌법소원심판 형식으로 청구되었다.³⁾ 청구인들은 서울특별시 의회 의원, 서울특별시 소속 공무원과 서울특별시에 주소를 둔 시민들로서, 신행정수도건설법이 헌법 개정 등의 절차를 거치지 않고 수도이전을 추진하는 것이므로 법률 전부가 헌법에 위반되며 이로 인하여 청구인들의 국민투표권, 납세자의 권리, 청문권, 평등권, 거주이전의 자유, 직업선택의 자유, 공무담임권, 재산권 및 행복추구권이 침해받는다라는 이유로 위헌의 확인을 구하는 헌법소원심판이 청구되었다(2004헌마554·556). 법의 위헌 여부를 가리는 헌법소원 사건은 ‘피청구인’이 없다. 청구인들에게 피해를 보인 ‘주체’가 특정 기관이나 사람이 아닌 법률이기 때문이다. 따라서 헌법소원 심리는 헌법재판소와 청구인 중심으로 진행된다. 청구인은 헌법소원 청구서를 통해 “헌법상 국민투표에 부쳐야 할 중대 사안을 국민의 동의 없이 강행해 기본권을 침해당했으며, 타당하지 않은 곳에 세금이 쓰여 납세자로서 권리와 재산권을 침해당했다”고 주장했다. 특별법의 제정 시행으로 국민투표권과 납세자 권리, 청문권, 공무담임권, 평등권 등이 침해됐거나 침해가 예상된다는 것이 청구인의 주장이었다. 수도 이전 문제는 헌법 제72조가 국민투표 대상이 될 수 있다고 규정한 ‘국가안위에 관한 중요 정책’인데도 국민투표를 하지 않아 국민투표권을 침해했다는 것이다. 또한 천문학적인 수도 이전비용을 국민 세금으로 충당하는 것이나 서울시 공무원들의 공무담임권을 침해하는 것도 문제라고 청구인은 지적했다. 또 자신에게 불이익을 가져올 수 있는 공권력 행사에 대해 의견을 제시할 수 있는

3) 통상적인 소송이나 헌법소원 사건에서는 당사자(청구인)가 먼저 정해지고, 이들이 대리인(변호사)을 선임하지만 이 사건은 반대로 진행되었다. 대리인단이 먼저 구성되고 이들이 청구인들을 모집한 것이다. 대리인단은 김문희(金汶熙·67·고등고시 10회), 이영모(李永模·68·" 13회) 전 헌법재판소 재판관과 이석연(李石淵·50·사법시험 27회·전 헌재 연구관) 변호사 등 3명으로 구성되었다. 김 前 재판관은 1988년 헌재가 출범할 당시 재판관으로 선임돼 2000년까지 헌재의 1, 2기에 걸쳐 12년간 재판관을 지낸 인물이었다. 이 前 재판관은 헌재 재판관 시절 ‘소수 재판관’으로 불릴 정도로 사회·경제적 약자의 권리를 옹호하는 소수의견을 많이 냈다. 2000년 4월 헌재가 과외 금지 규정을 위헌이라고 결정할 때 혼자 합헌의견(과외 금지는 정당하다는 의견)을 낸 것이 대표적인 사례이다.

국민의 청문권(聽聞權)도 침해됐다는 것이 청구인의 주장이었다.

본안 심리에 들어가기 전 헌법재판소는 해당 사건이 사법심사 대상이 되는지 사전에 판단하는 과정을 거친다. 헌법재판소는 이 사건의 심판 대상은 법률의 위헌여부이고 대통령 행위의 위헌여부가 아닌바, 법률의 위헌여부가 헌법재판의 대상으로 된 경우 당해 법률이 정치적인 문제를 포함한다는 이유만으로 사법심사의 대상에서 제외된다고 할 수 없다⁴⁾고 하면서 사법심사 대상의 당위성을 주장했다. 해당 사건은 사건이 접수된 지 단 하루만인 2004년 7월 13일 전원재판부에 회부되었다.

본안 심리 과정에서는 국회 의결 절차상의 하자과 국민의 기본권 침해 여부 등이 쟁점이 되었다. 헌법 소원이 제기된 지 101일만인 2004년 10월 21일 헌법재판소는 최종적으로 재판관 위헌 8, 각하 1의 의견으로 위헌결정을 내렸다. 위헌 결정의 주요 논리는 관습헌법의 효력과 헌법 개정의 절차의 필요성, 그리고 국민투표권의 침해에 있었다. 헌법재판소는 관습헌법도 성문헌법과 같은 효력을 가지고 있는바 수도가 서울이라는 사실은 반복·계속성, 항상성, 명료성, 국민적 합의 등을 기반으로 성립되어온 사실이라고 강조했다. 그리고 수도가 서울이라는 점에 대한 관습헌법을 폐지하기 위해서는 헌법이 정한 절차에 따른 헌법 개정이 이루어져야 한다고 판단했다. 따라서 헌법개정사항인 수도의 이전을 단순법률의 형태로 실현시킨 것은 국민이 가지는 참정권적 기본권인 국민투표권을 침해한 것으로 헌법에 위반된다는 것이다. 김영일 재판관은 별도의 위헌 의견에서 “수도 이전은 헌법 제72조가 정한 ‘국가 안위(安危)에 관한 중요정책’에 해당되므로 국민투표를 거쳐야 하는데, 이를 무시했으므로 국민투표권을 침해했다”고 밝혔다. 그러나 전효숙 재판관은 “수도의 소재지는 헌법의 목적 실현을 위한 도구에 불과하며 반드시 헌법 개정을 통해 결정해야 할 사항이라고 단정할 수 없으므로 청구인들의 국민투표권 침해 주장은 부적법하다”며 각하 의견을 냈다.

이러한 결정을 두고 헌법재판소가 사법적극주의적 관점을 구체적으로 실현하면서 정치영역에 과도하게 개입하고 있다는 비판이 거세게 일어났

4) 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554·556, 판례집 16-2하, 35.

다(김종철 2004; 김배원 2004; 전광석 2005; 김선택 2005; 차동욱 2006a). 최장집(2005)은 이와 같은 현상을 두고 입법부를 위협하는 ‘사법부의 입법행위(judicial legislation)’이자 행정부를 위축시키는 ‘사법부의 정책결정(judicial policy making)’으로서 미국식의 ‘제왕적 사법부(imperial judiciary)’가 어느 날 갑자기 우리 앞에 나타났다고 진단하기도 했다. 박명림(2009)은 위헌법률심사권을 가진 사법부가 자의적인 해석을 통해 입법부와 행정부를 상대로 그 영향력을 확대하고 민주주의 발전을 저해하고 있다고 비판했다.

2. 반응성 분석

신행정수도건설법이 국회에서 압도적인 찬성으로 통과되었지만, 2004년 당시 국민의 과반수 이상이 수도 이전에 반대하고 있었다. 헌법재판소는 이러한 국민여론을 반영하고 있다는 내용을 판결문에 적시했으며, 이를 위헌 판단의 중요한 기준으로 활용하였다. 반응성은 당시 언론에서 이 사건을 다루었던 논조 및 여론조사 추이를 살펴보는 것과, 이렇게 형성된 국민여론이 헌법재판소 판결문에 어떠한 형태로 나타나고 있는지 살펴보는 것으로 구성된다.

(1) 언론 보도 경향 및 여론조사 추이

당시 언론에서 주목했던 주요 쟁점은 관습헌법에 대한 법리적 논쟁과 국회 입법권과의 충돌이었다. 헌법재판소는 가장 최상위의 법체계인 헌법을 구현하는 것을 목표로 하고 있으며, 헌법재판소의 판단은 헌법정신의 실현이라는 목표를 통해 정당성을 부여받는다. 이 사건에 대한 언론 보도 경향을 살펴보기 위해서 주요일간지 5개를 대상으로 “신행정수도 위헌 사건”(검색기간: 2004.6.1.~10.21)이라는 주제어로 검색하였고, 그 결과 관련 기사 및 사설 46건에 대한 언론 보도 경향을 정리하면 다음과

같다.

<동아일보>는 지난 2004년 6월 2일 행정수도 이전에 대한 헌법소원 움직임을 보도하면서 행정수도 논쟁에 가장 먼저 불을 지폈고, <조선일보>는 이를 ‘천도론’과 ‘국민투표 논란’으로 확산하며 반대 여론을 급격하게 결집했다. 당시 신행정수도 이전에 관한 여론조사 동향을 살펴보면 수도이전을 반대하는 의견이 초반보다 더 많아진 것으로 나타났다. <한겨레신문>의 여론조사에 따르면 행정수도 이전에 관한 국민여론은, 노무현 대통령 취임을 전후한 2003년 2월에는 국민의 57%가 찬성함으로써 대통령 선거 이전보다 찬성이 18% 정도 증가했으며 동시에 사전에 국민의 의견을 묻되 국회통과 절차(17.1%)보다는 국민투표 절차(80.4%)가 바람직하다고 생각하는 것으로 나타났다(한겨레신문 2003.2.26). 그러나 2004년 6월 여론조사에서는 서울에서 충청지역으로 행정수도를 옮기는 것에 대한 찬성과 반대 의견이 각각 40.1%와 42.9%(무응답은 17.0%)로 반대의견이 다소 우세한 것으로 집계되었다(한겨레신문 2004.6.14). 헌법재판소 판결을 2개월 앞둔 2004년 8월 초 <현대리서치연구소> 조사에 따르면, 찬성 36.7%, 반대 57.4%로 반대의견이 찬성의견보다 20% 가량 많은 것으로 조사되었다(동아일보 2004.8.8). 그리고 이러한 조사에서 일관되게 발견되는 사실은 줄곧 60% 이상의 응답자가 수도이전에 관해 국민투표 실시를 요구했다는 점이다. 2004년 당시 인터넷 포털 네이버가 실시한 신행정수도이전특별법 찬반 여론조사에서 네티즌 4만5000명 가운데 64%인 2만8000명이 반대 입장을 보이기도 했다.

이런 사실은 헌법재판소 판결 이후에도 확인되는데, 신행정수도특별법이 위헌이라는 헌법재판소의 결정에 대해 국민 60% 이상이 “잘한 일”이라고 답한 것으로 조사됐다. 한국방송공사(KBS)가 2004년 10월 21일 헌법재판소 판결 직후 전국의 성인남녀를 대상으로 여론조사를 실시한 결과, ‘매우 잘한 결정’이 38.6%, ‘대체로 잘한 결정’이 24.7% 등 전체 응답자의 63.3%가 ‘잘했다’고 답한 반면, ‘잘못했다’는 응답은 32.2%에 그친 것으로 나타남으로써 국민들의 60% 이상이 헌법재판소 판결을 지지한 것으로 나타났다(프레시안 2004.10.22).⁵⁾ MBC가 실시한 여론조사에서도

비슷한 결과를 보였다. 헌법재판소의 위헌 결정 직후 전국 성인남녀 916명을 대상으로 실시한 여론조사 결과 62.8%가 ‘잘한 일’이라고 응답한 반면 ‘잘못한 일’이라는 응답자는 27.8%로 나타났다. 특히 서울·경기지역에서는 70% 이상이 현재의 결정에 찬성했고, 행정수도 이전지인 대전·충청지역에서는 찬반양론이 팽팽한 것으로 나타났다. ‘수도 이전을 하려면 헌법을 개정해야 한다’는 현재 결정에 대해서는 ‘이미 결정났으므로 헌법 개정이 필요 없다’는 응답이 57.9%로, ‘헌법을 개정해야 한다’는 의견이 34.4%로 집계됐다. 또 ‘수도 이전은 국민투표를 통해 결정할 사항’이라는 헌법재판소의 소수의견에 대해서는 ‘국민투표가 필요하다’는 의견이 63.9%, ‘필요 없다’는 의견이 33%로 나타났다. 만약 국민투표가 실시될 경우 ‘행정수도 건설에 찬성 한다’는 응답은 36.6%, ‘반대 한다’는 응답은 57.8%로 반대 의견이 많은 것으로 조사되었다.⁵⁾

당시 여론조사 결과는 국회의 입법결정과 정반대로 움직이고 있었다. 수도이전 문제가 국회에서 압도적인 찬성으로 가결되었지만, 국민여론은 국회통과 절차보다는 국민투표 절차를 더 선호했을 뿐만 아니라 수도이전 정책에 반대하고 있었다는 것을 알 수 있다.

(2) 판결문에 나타난 반응성 검토

헌법재판소는 위헌 판결을 내리는데 국민여론을 판단 근거로 활용했다. 이는 판결문에 반영되고 있는데, 위헌 결정을 내린 김영일 재판관의 별개의견 부분에서 나타나고 있다.

헌법재판소 판결문에는 “이 사건 법률이 제정·공포된 2004. 1.경의 여론조사에 의하면, 주요국가기관을 신행정수도로 이전하는 것에 관하여 찬성과 반대의 의견이 균등하였고, 당시 여론의 추이는 찬성의견은 점차로 감소하고 반대의견은 점차로 증대하는 추세였던 사실, 당초 국민투표로 수도이전문제를 결정하겠다는 정치권의 약속이 있었을 때에는 찬성의

5) 강정인 2008, 59-60.

6) 코리아리서치센터(2004.10.21.) 전화조사방식, 표본오차 95% 신뢰 수준 $\pm 3.2\%$.

견이 높았으나, 이 사건 법률의 법률안제출과 대통령의 발언 등으로 국민투표의 가능성이 점점 희박해짐에 따라 반대의견이 점증하게 된 사실을 인정할 수 있고, 2004. 6. 이후 여론조사에 의하면, 국민투표에 의하여 결정하여야 한다는 여론이 60% 내외인 사실을 인정할 수 있다. 위 인정 사실에 의하면, 우리 국민은 주요국가기관을 신행정수도로 이전하는 것을 포함한 수도이전문제에 관한 의사결정을 대통령이나 국회와 같은 대의기관에 위임하지 아니하고 직접 결정하겠다는 위임철회의 의사를 가지고 있다고 볼 상당한 이유가 있고, 실체사안에 대하여도 신행정수도로 이전하는 것에 반대하는 의사를 가지고 있다고 볼 상당한 이유가 있다고 판단된다.”⁷⁾고 적시하고 있다. 헌법재판소는 판결문에 직접적으로 여론조사 수치를 제시하고 이를 국민의사로 확인하였다. 또한 수도이전을 실현하는 방법론에 있어서도 다수 국민은 국회의 법률안 통과 절차가 아닌 국민투표 절차를 원하고 있다는 사실을 인용했다.

이와 같은 국민여론은 판결문에서 재차 강조되고 있다. 판결문에는 “여론조사의 결과를 더하여 보면, 국민들은 수도이전문제에 관하여 이를 국민투표에 붙이리라는 신뢰와 대의기관이 국민들의 의사에 반하여 행동하지는 않으리라는 신뢰를 가지고 있음을 추인할 수 있다. 그럼에도 불구하고 수도이전문제를 국민투표에 붙이지 아니하는 것은 위와 같은 국민들의 신뢰를 배반하는 것이 되어 신뢰보호원칙에 반한다.”⁸⁾라고 적시되어 있다. 헌법재판소는 국민여론을 근거로 대의기관인 국회가 국민들의 의사에 반하는 절차를 추진한 것으로 인식했다. 이를 종합적으로 이해한다면, 헌법재판소의 신행정수도이전 위헌 판결은 국민의 의사를 반영함으로써 국회의 다수 독재를 견제하고 절차상의 정당성과 대표성(representation)을 확립할 것을 주문한 것으로 볼 수 있다.

7) 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554·556, 판례집 16-2하, 57.

8) 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554·556, 판례집 16-2하, 58.

3. 사법자제 판결: 절차의 위헌성 확인

헌법재판소는 신행정수도건설법에 대하여 사법심사 대상성을 인정하고, 대통령과 국회가 통과시킨 법률을 관습헌법 논리를 전개하면서 위헌 법률로 판단하였다. 헌법재판소는 판결문에서 우리나라의 수도가 서울이라는 점에 대한 관습헌법을 폐지하기 위해서는 헌법이 정한 절차에 따른 헌법 개정이 이루어져야 한다고 주장하였다. 당초 신행정수도건설법의 위헌 소송이 청구된 근본 취지는 수도 이전에 반대하는 것이 아니라 적법한 절차를 거치라는 것이었다. 이에 대해 헌법재판소는 헌법 개정을 통한 관습헌법의 폐지와 국민투표를 통한 합의가 필요하다고 판단한 것이다. 수도이전 판결의 내용을 여론과의 관계에서 해석하면 여론의 향방을 감지한 뒤 주어진 상황 속에서 헌법재판소의 고유 권한을 확인하는 동시에 헌법재판소가 정책결정과정에 직접 참여해 줄 것을 요청하는 주장에 대해 한계를 명확히 해 주고 정치적 혼란상황을 수습할 수 있는 법적 조언을 해 준 것이라고 해석할 수 있다. 즉 수도이전판결은 민주적 의사결정 과정에 사법기관이 부당하게 개입하여 자신의 판단을 강요해서는 안되고, 노무현 정부의 수도이전 정책 추진 방식이 민주적이지 못하다는 문제제기에 응답하여 민주적 절차를 보완해야 한다는 헌법적 요청을 확인해 준 것이라고 해석할 수 있는 것이다(차동욱 2006a, 127-128).

헌법재판소가 관습헌법을 근간으로 법리 전개를 했다는 점은 많은 논란을 가져왔다. 그럼에도 불구하고, 절차의 위헌성에 대한 청구인의 소송에 대해서 절차의 헌법 위배를 판단한 것은 사법자제 판결로 해석할 수 있다. 이는 앞서 살펴보았던 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 절차의 위법성을 확인한 것과 같은 논리 전개에 기인한다. 실제로 헌법재판소가 국회 절차상 하자의 이유로 청구된 사건에 대해서 소극적인 판단을 내린다는 연구 결과도 있다. 남북현은 법률의 입법과정과 헌법재판소에 의한 위헌여부 결정의 상관관계를 분석하고 있는데, 날치기 통과로 의결된 경우 등과 같이 비정상적인 방법으로 입법된 경우에 헌법재판소에서 청구 인용된 비율은 그렇지 않은 경우와 별다른 차이를 보이지 않는다고 분석

하고 있다. 또한 비정상적인 입법절차를 통해 입법된 경우에 위헌결정보다 변형결정이 선호되었다거나 헌법재판소에서 전원일치가 아닌 다수결로 평의가 이루어진 사례가 많았다는 것은 위헌결정을 회피하려는 사법소극주의적인 자세에서 비롯된 것이라고 주장하고 있다(남복현 2001, 249-252).

다만 관습헌법의 폐지를 위해서는 헌법 개정이 필요하다는 논리는 결과적으로 신행정수도이전법의 효력을 상실하는 결과를 가져왔다. 국회의 결정에 대해서 반대의 결정을 하는 것이 사법적극주의라고 한다면 위헌 여부를 판단하는 헌법소원심판이나 위헌법률심판은 그 존재 자체만으로 사법적극주의를 실현하게 된다. 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 사건과 같이 헌법재판소가 신행정수도건설법에 대한 절차의 위헌성만을 판단하고 있다면, 이 또한 사법자제 판결로 판단해야 한다. 헌법재판소는 절차의 위헌성만을 판단한 채 국회가 어떠한 방향으로 관련 법률을 개정해야 하는지 구체적 내용을 제시하지 않았는데, 그 자체가 사법자제를 의미한다고 볼 수 있다. 신행정수도건설법 위헌 판결은 국회 절차의 민주적 정당성 쇠퇴에 대한 헌법적 해석이며, 이를 보완하기 위한 실질적 책임은 국회에 있다는 것을 확인하고 있다는 점에서 사법자제 판결로 볼 수 있다.

4. 사법자제 판결의 정치적 의미

(1) 위헌 절차에 관한 헌법적 보완

헌법재판소가 위헌으로 판단하고 있는 법률은 기본적으로 개정의 대상이 된다. 헌법재판소는 위헌법률 결정 법률을 공표하고 있는데 그 중 위헌으로 결정된 법령 중 아직 개정되지 않은 법령은 총 15건이며, 헌법불합치로 결정된 법령 중 아직 개정되지 않은 법령은 총 7건이다(2017.12.31 기준).⁹⁾ 위헌 결정이 난 후에도 법령이 개정되지 않은 주요한 이유 중의 하나는 헌법재판소의 결정이 법적 효력은 있지만 국회가

이를 개정해야할 법적 의무는 없기 때문이다. 다만 이러한 상태가 장기적으로 지속될 경우 국회가 체감하는 정치적 부담은 가중된다. 왜냐하면 헌법재판소 결정은 해당 법률과 관련된 이해관계자들에게 그들의 주장을 관철시킬 수 있는 법리적 타당성을 제공해 주기 때문이다. 위헌으로 결정된 법률의 경우 이해관계자들의 관계가 복잡하게 얽힌 경우가 많다. 국회는 헌법에 부합되는 것보다 법률 제정의 취지를 보다 강조할 수 있다. 이러한 경우 국회는 어느 집단의 이해관계를 대표할 것인지 선택하게 된다. 즉 특정집단의 대표성이 과대 대표되는 경우와, 여타 집단의 대표성이 축소되는 경우가 발생한다. 대표성의 선택 문제는 국회의원 개인의 성향과 출신배경에 따라 영향을 받기도 하지만, 한국과 같이 정당의 영향력이 강한 경우에는 소속정당이 추구하는 정책선호도에 따라서 결정되는 경우가 많다.

법률의 입안 및 제정은 국회 내에서 끊임없는 타협을 거치게 된다. 최초 입안은 관련 이해관계자들의 입장을 조율하는 것에서부터 시작한다. 해당 법안이 발의된 이후에는 여당과 야당 간사는 소속 상임위원회에 이를 상정할 것인지 여부를 협상하게 된다. 여·야 간사는 소속 정당의 입장을 대변하는 역할을 하고 있기 때문에 이미 이 과정은 정당간의 협상과 타협이 시작되었다고 볼 수 있다. 해당 법안이 소속 상임위원회에 상정되면 소위원회로 회부되고 여기에서 보다 심층적인 토론이 이루어진다. 이 과정에서 정부부처와 이해관계자, 그리고 여당과 야당 간의 힘겨루기가 본격화된다. 만일 여·야 간에 합의가 안 될 경우 해당 법안은 법안소위원회에 장기간 계류되거나 혹은 상임위원회 전체회의에 상정된 상태로 방치되다가 국회 회기가 종료되면 자동 폐기되기도 한다. 그러나 대통령이 역점을 두는 법안의 경우 여당과 정부부처는 야당을 상대로 공격적인 설득과 협상을 시도한다. 상임위원회 소위원회에서 통과된 법안은 상임위원회 전체회의에서 표결을 통해 통과되는데, 일반적으로 소위원회에서 통과된 사항은 전체회의에서도 원안 그대로 통과된다. 상임위원회에서 통과된 법안은 그 다음 단계인 법제사법위원회로 회부된다. 법

9) 헌법재판소 미개정 법령현황 참고(<http://www.ccourt.go.kr>)

제사법위원회 역시 안건 상정부터 통과까지 여·야 간의 협상이 계속된다. 법제사법위원회는 각 상임위원회에서 통과된 법안을 총괄하며, 자구심사와 법체계에 대한 심사를 한다. 일반적으로 법제사법위원회위원장은 야당 국회의원이 맡고 있는데, 이 단계에서 정당의 이해관계에 따라 법안 상정이 무력화될 수도 있다. 법제사법위원회를 통과한 법안은 국회 본회의에 상정되며, 본회의장에서 전체 국회의원을 대상으로 한 표결을 통해 의결정족수를 충족(재적의원 과반수 출석과 출석의원 과반수 찬성)하면 최종적으로 법률안의 효력이 발생하게 된다.

입법부와 행정부 관계는 정부형태를 결정짓는다. 국회 내 여당과 행정부의 수장인 대통령의 소속 정당이 같으면 단점정부를 형성하며, 다른 경우에는 분점정부를 구성하게 된다. 대통령의 의지가 반영된 법률안이 국회 본회의를 통과하기 위해서는 국회의원 과반수의 찬성이 절차적으로 필요하다. 이를 위해서는 여당이 국회의석의 과반수를 형성하고 있는 단점정부일 때 유리해진다. 그러나 신행정수도건설법의 국회 통과와 위헌소송은 통상적인 상관관계와 반대의 흐름을 보여주고 있다. 신행정수도건설법이 국회를 통과한 2003년 12월 말에는 제16대 국회가 분점정부를 형성한 시기(한나라당 133석, 새천년민주당 115석)였으나, 신행정수도법 위헌 소송이 제기된 2004년 7월은 단점정부를 구성(열린우리당 152석, 한나라당 121석)하고 있던 시점이었다. 이는 노무현 대통령에 대한 탄핵심판이 진행되는 가운데 치러졌던 4.15총선에서 열린우리당이 국회 의석의 과반수를 차지하면서 가능해진 것이다.

신행정수도법 위헌 판결을 두고 정권의 눈치보거나 사법의 정치화라고 평가하는 것은 적절하지 않다고 본다. 국회가 정당의석을 과반수 이상 차지함으로써 입법 의결권을 지배하고 있다 할지라도, 국회가 대표성을 상실하거나 국민여론과 괴리를 보이고 있다면 헌법재판소는 판결을 통해 대표성의 기능을 보완하기 위한 결정을 시도하게 된다. 여기에서 말하는 사법자제는 절차의 위헌성에 대한 헌법적 판단에 국한하고 있으며, 오히려 국회에서 다수결의 논리에서 부족한 부분인 민주적 정당성과 절차의 미비를 헌법적으로 보완하는 것으로 해석하는 것이 바람직하다 하겠다.

(2) 지방자치단체장의 정치적 입지 강화

신행정수도건설법에 대한 위헌 소송은 개인의 기본권 침해를 구제하기 위한 목적에서 제기되었지만, 또 다른 이유는 지방자치단체장의 정치적 입지 강화를 위한 목적에서 제기된 것이기도 하다. 처음 헌법소송을 추진할 당시 서울시의회 의원들이나 공무원은 이 법률안이 위헌으로 결정되리라 예상한 것은 아니었을 것이다. 그러나 결론적으로 서울시의회 의원들의 청구가 받아들여져 위헌 결정이 내려졌고, 노무현 정부가 추진한 신행정수도 이전 사업은 근거 법률의 부재로 전면 중단되기에 이른다.

2004년 제17대 총선을 거친 후 국회는 대통령 소속 정당인 열린우리당이 과반의석을 차지하고 단점정부를 형성하게 되었다. 그러나 서울시의회는 한나라당이 서울시의장 및 서울시의회 전체 의석의 과반이상을 차지하고 있던 상황이었다. 중앙정부와 지방정부 간의 견제가 심화되고 있는 정치상황에서 대한민국의 수도를 서울이 아닌 세종시로 이전하기로 결정한 국회의 판단에 대해 서울시는 반대를 선언했다. 그 반대의 형식은 헌법소송을 통한 절차의 비합법성을 주장하는 것이었다.

헌법소송이 제기된 2004년 7월 12일과 같은 해 10월 21일 행정수도 위헌 결정이 내려졌던 당시 서울시의회 구성을 살펴보면 당시 서울시장(이명박 前 대통령) 및 의석수의 과반수 이상이 한나라당 소속의원이었다. 전체 113명의 서울시의원 중 한나라당 89명(전체 의석수의 78.8%), 열린우리당 12명(10.6%), 민주당 8명(7.1%), 새천년민주당 3명, 민주노동당 1명으로 구성되어 있었다.¹⁰⁾ 서울시의장 역시 전반기에는 이성구(서초구 제1선거구) 前 서울시의원, 후반기에는 임동규(강동구 제4선거구) 前 서울시의원이 맡았으며, 두 의장 모두 한나라당 소속이었다.

헌법재판소의 위헌 결정으로 헌법재판소는 민주적 정당성과 절차의 부족한 부분을 보완하고 있지만, 동시에 이 사건을 청구한 서울시의회 및 서울시장의 정치적 위상은 더욱 강화되는 정치적 효과를 가져왔다. 실제로 당시 이명박 서울시장은 강화된 정치적 입지를 바탕으로 2007년 대통

10) 서울시의회(<http://www.smc.seoul.kr/main/index.do>)

령 선거에서 제17대 대통령으로 당선되었다.

5. 소결: 반응성과 절차적 정당성 강화

헌법재판소는 2004년 5월 대통령 탄핵소추 기각 평결을 내린 그 해 10월 「신행정수도 건설을 위한 특별조치법」 위헌 결정을 내렸다. 헌법재판소는 국회에서 통과된 법률이 관습헌법의 논리와 국민투표라는 절차상의 하자로 인해 헌법에 위배되므로 해당 법률이 법적 효력이 부족하다고 판단했다.

헌법재판소의 결정은 국민의 기본권(국민투표권)을 보호하기 위한 청구인의 헌법 소원에 대해 적극적으로 해석한 결과이기도 하다. 기본권의 보호는 헌법 개정과 국민투표의 절차적 합법성을 주문하기에 이르렀고, 그 결과 신행정수도건설법은 국회의 압도적 찬성에도 불구하고 법률로서 효력을 상실하게 되었다. 헌법재판소가 정치과정에 과도하게 개입한다는 사법적극주의 관점에 대한 비판은 관련 법률의 무효라는 결과에만 초점을 맞추고 있다. 그리고 관습헌법이라는 보충적 관념을 전면으로 내세움으로써 추상적 가치의 횡포를 보여주고 있다는 비판이 지속적으로 제기되었다.

그러나 애초에 이 사건은 국민투표라는 기본권을 보호하기 위한 헌법소원심판 형태로 청구되었기 때문에 그 절차의 합법성에 대한 위헌 판단만을 대상으로 하고 있었다. 헌법재판소는 절차의 위헌성만을 판단한 채 국회가 어떠한 방향으로 관련 법률을 개정해야 하는지 구체적 내용을 제시하지 않았다. 신행정수도건설법 위헌 판결은 국회 절차의 민주적 정당성 쇠퇴에 대한 헌법적 해석이며, 이를 보완하기 위한 실질적 책임은 국회에 있다는 것을 확인하고 있다는 점에서 사법자제 판결로 볼 수 있다. 그리고 헌법재판소 판결 결과는 서울시 지방자치단체장의 정치적 입지를 강화하는 부수적 효과를 가져왔다.

헌법재판소는 절차의 위헌성을 판단하기 위한 근거로 국민여론을 활용

했다. 헌법재판소는 판결문에 국민여론 추이를 판단의 대상으로 활용했다는 사실을 구체적으로 기술하고 있다. 헌법재판소는 국민여론을 지렛대 삼아 반응성과 절차적 정당성을 확대했다고 평가할 수 있다. 한편으로는 헌법 개정의 필요성을 강조하면서 국회가 대의기관으로서의 대표기능을 복원해야 함을 주문한 것으로 볼 수 있다. 헌법재판소는 행정수도이전법 위헌 판결을 통해 국민투표와 관련한 개인의 기본권을 보호하고 절차적 합법성을 확립하는 제도적 기관이라는 점을 명확히 하고 있다. 이러한 판결을 통해 헌법재판소는 반응성과 절차적 정당성을 강화하고 있는 것으로 해석할 수 있다.

제5장 [헌법소송 유형 4]

정치국면 전환과 정권 정통성 도모를 위해 제기된 사건

헌법소송은 정치국면 전환과 정권의 정통성 도모를 위한 정치적 이유 때문에 제기될 수 있다. 이러한 유형의 대표적인 사례는 통합진보당 해산 사건이다. 이 사건의 청구인은 대한민국 정부(황교안 법무부장관은 법률상 대표자)이고, 피청구인은 통합진보당이다. 정당은 민주주의의 핵심적인 기제로 작동하고 있는바, 선거를 통한 유권자의 선택이 아닌 사법적 판단을 통해 해산의 대상이 되었다는 점에서 정치의 사법화 사례에 해당한다. 통합진보당 해산 결정을 통해 헌법재판소는 여론과 정부에 대한 반응성을 극대화했다는 점에서 사법자제 판결로 해석할 수 있다. 그러나 정당 보호를 위한 책임성과 정당해산 사유의 내용적 정당성을 축소시키는 결정을 내린 것은 정권의 눈치를 보면서 집권세력에게 절대적으로 유리한 판결을 내렸다는 점에서 사법의 정치화라는 비판도 제기될 수 있다.

최종적으로 정당해산 결정을 내린 것은 헌법재판소였지만, 이미 해산을 결정한 정부의 의중에 헌법적 해석이 부여됨으로써 통합진보당 해산 결정에 절차적 정당성이 부여된 것으로 볼 수 있다. 물론 헌법재판소가 여론이나 정부의 결정에 일방적으로 호도되는 것은 아니다. 그러나 통합진보당 해산 사건은 정부의 의지가 무엇보다 강력했고, 민주적 기본질서 등과 같은 추상적이고 규범적인 차원을 구체적으로 판단하기 위한 헌법재판소의 헌법해석 재량권은 그 어느 때보다 많았다고 볼 수 있다. 정당해산제도는 정당의 보호와 한계를 동시에 내포하는 긴장관계를 형성하고 있다. 정당해산제도는 정당존립의 특권을 보장함(정당의 보호)과 동시에 정당 활동의 자유에 관한 한계를 설정(헌법의 보호)하는 이중적 성격을 가진다.¹¹⁾ 기존의 판례를 통해 민주적 기본질서에 대해 헌법재판소도 나

11) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7 결정, 판례집 26-1상, 310, 315.

름의 법리를 가지고 있었지만, 이를 정당해산심판 사건에 적용한 것은 처음이기 때문에 헌법재판소가 해석할 수 있는 권한은 다른 어느 사건에 비해 확대되었다고 볼 수 있다.

1. 통합진보당 해산심판 발단 및 주요 쟁점사항

(1) 통합진보당 해산심판 청구

2014년 12월 19일, 헌정 사상 최초로 진행된 통합진보당 해산심판에 대해 헌법재판소는 정당 해산을 결정했다(헌재 2014. 12. 19. 선고 2013헌다1). 동시에 헌법재판소는 소속 의원인 김미희·이석기·김재연·오병윤·이상규 등 5명의 의원에 대한 국회의원 직위도 박탈했다. 이와 같은 헌법재판소의 정당해산 결정에 대해서는 학계에서도 다양한 의견이 개진되고 있다.¹²⁾ 헌법재판소 개원 이래 정당해산심판이 처음 접수되었고 이례적으로 빠른 시간 안에 해산이 결정되었다.¹³⁾ 판결 이후 그 정치적·사회적 파장은 기존 판례들의 정치적 무게를 압도할 정도로 세간의 주목을 끌었다.¹⁴⁾

헌법재판소는 4.19 혁명 이후 제2공화국 헌법에서 처음 도입되었다가 5.16 쿠데타 이후 폐지되었다. 정당해산심판제도는 1956년 창당된 진보당

12) 김종철(2015) “헌법재판소는 주권적 수임기관인가?.” 임지봉(2015) “헌법재판소의 통합진보당 해산결정에 대한 분석과 평가” 등은 비판적인 견해를 보이고 있다. 반면, 장영수(2015) “통합진보당 해산결정의 주요 쟁점”은 우호적인 입장을 보여주고 있다. 이외에도 헌법재판소 결정에 대한 법적, 정치적 논쟁이 다수 발표되었다. 이에 관한 정리는 김현철(2016), 364-365 참고.

13) 헌법재판소 사건통계에는 정당해산심판이 두 건 접수된 것으로 나오나, 그 중 한 건은 재심 사건이기 때문에 같은 범주로 보고 있다.

14) 헌법재판소와 고려대학교 정보문화연구소가 1988년 9월 1일부터 2015년 8월 15일까지 헌법재판소 관련 언론보도와 인터넷 카페, 블로그, 트위터 등 약 1억 건의 빅데이터를 분석한 결과, 언론 보도 빈도가 가장 많았던 사건은 ‘통합진보당 해산’으로 나타났다. 이는 사상 초유의 정당해산심판에 대한 언론의 관심이 그 어느 때보다 뜨거웠다는 것을 보여주는 것이다(로이슈, 2015.9.2).

이 1958년 2월 25일 당시 정부 공보실의 행정처분에 의해 등록 취소되어 사라지고 말았던 우리 현대사에 대한 반성의 산물로서 제3차 헌법 개정을 통해 헌법에 도입되었다. 1960년 6월 10일 헌법개정위원회는 정당보호에 대한 필요성을 촉구하였다. 당시 정헌구 헌법개정안기초위원장이 발언한 내용은 정당해산제도의 근본적인 취지를 정확하게 설명하고 있다. 정헌구 위원장은 “본 개헌안에 있어서 이태리 헌법 및 서독헌법의 전례에 따라서 제13조 제2항에 정당에 관한 규정을 신설했습니다... 정당이 이와 같이 일방적인 집회·결사의 자유에 의해가지고 그 자유가 보장될 때에는 어떤 이유에 의해가지고 정당을 불법화하는 경우에도 우리가 경험한 바와 같이 진보당 사건에 있어서와 같이 정부의 일방적인 해산처분에 의해가지고 이것을 해산할 수가 있을 것입니다. 따라서 본 개헌안에 있어서는 정당에 관한 규정을 따로 두고 정당의 국가기관적인 성격을 확실히 하고, 야당의 육성을 위해가지고 정당의 자유를 일반 집회·결사의 자유로부터 분리해 가지고 그것을 보장하도록 했습니다. 정당을 불법화하려고 할 때에는 그 목적이나 활동이 헌법의 민주적 기본질서에 위반되는 경우에 한하기로 하고, 그 해산은 대통령의 승인을 얻는 정부의 소추에 의해서 헌법재판소만이 이것을 판결하도록 했습니다.”¹⁵⁾라고 설명하고 있다.

그 후 헌법재판은 대법원 또는 헌법위원회에서 담당하다가 1987년 제9차 헌법 개정을 통해 출범한 헌법재판소가 담당하게 되었다. 정당해산심판 사건에 대해 심판권을 갖는 헌법재판소는 6월 민주항쟁에 의하여 이루어진 1987년 헌법의 산물이다. 제9차 헌법 개정의 핵심은 대통령 직선제이었지만, 국민의 기본권 보장을 강화하고 헌법재판소가 실질적으로 출범했다는 점에서 민주주의적 의미를 지닌다.

통합진보당은 제19대 총선을 앞둔 2011년 12월 민주노동당과 유시민 등 참여정부 인사들의 국민참여당, 그리고 진보신당 탈당과 심상정 대표의 새진보통합연대가 연합해 새롭게 출범한 정당이었다. 이후 통합진보당은 2012년 4월 치러진 총선에서 민주통합당과 야권연대를 통해 13석을 얻으

15) 제55회 국회임시회의 속기록 제33호(1960. 6. 10), 16.

며 원내에 진입했다. 그러나 같은 해 8월, 통합진보당 비례대표 부정 경선 사건이 일어난 후 통합진보당 내 구 당권파인 유시민·심상정·노회찬 등 비당권파가 탈당하면서 계파 갈등이 심화되었다. 제20대 총선에서 국민의당이 제3당으로 등장하기 전까지 한국 정당체제는 사실상 양당체제였다. 통합진보당은 소수 중의 소수정당으로서 이념적 지형을 넓히는데 의미를 가지는 정당이었다.

통합진보당은 2013년 8월 7일 <국가정보원법 전부개정법률안>¹⁶⁾을 국회에 발의했고, 국가정보원은 같은 해 8월 28일 통합진보당 소속 이석기 의원에 대해 내란음모사건 수사를 시작했다. 당시에는 국가정보원이 제18대 대통령 선거에 개입했다는 의혹이 불거지면서 정부에 대한 불신이 팽배했던 시기이기도 했다. 2013년 11월 5일, 정부(법무부)는 통합진보당 해산심판 청구¹⁷⁾ 및 정당활동정지 가처분신청¹⁸⁾ 사건을 헌법재판소에 접수했다. 헌법재판소 통계에 의하면 통합진보당 해산심판을 진행하면서 관련 변론횟수는 18회, 사건기록은 약 17만 페이지에 이르렀다.¹⁹⁾ 2014년 12월 19일, 헌법재판소는 통합진보당에 대해 정당해산 및 국회의원직 상실을 결정하고 가처분신청 기각 결정을 내렸다.

헌법재판소가 정당해산을 결정한 이후에도 관련 소송은 계속 진행되었

16) 국가정보원법 전부개정법률안(오병윤 의원 외11인 발의; 오병윤·김미희·김재연·이석기·김선동·이상규 등 통합진보당 의원 6인, 민주당 소속 의원 4인, 무소속 1인 등 총 11인 발의)은 국가정보원의 국내 정치개입을 원천적으로 차단하고자 국내정보 수집을 금지하고, 대테러 및 국제범죄조직 등 해외 정보만 수집하는 해외정보원으로 전환하는 것을 주요 내용으로 하고 있다. 또한 수사권을 분리하여 경찰, 검찰, 고위공직자비리수사처 등으로 이관할 것을 주장하고 있다.

동 법안은 2013년 8월 7일 발의, 다음날인 8월8일 정보위원회로 회부되었고, 같은 해 10월 8일 정보위원회 소위원회에 회부되었다. 그러나 2013년 12월 5일 ‘국가정보원등 국가기관의 정치적 중립성 강화를 위한 제도개선 특별위원회’가 구성됨에 따라 12월 11일 동 특별위원회에 회부되었다. 그러나 동 특별위원회의 활동기한이 2014년 2월 28일 종료됨에 따라 이 법률안은 2014년 3월 4일 정보위원회로 다시 회부된 채 계류 상태로 있다가 2016년 5월 29일 임기만료로 폐기되었다(국회 의안정보시스템 <http://likms.assembly.go.kr> 참고).

17) 현재 2014.12.19 2013헌다1 통합진보당 해산심판청구 사건 결정

18) 현재 2014.12.19 2013헌사907 정당활동정지 가처분신청 사건 결정

19) 헌법재판소 사건통계(<http://www.ccourt.go.kr>)

는데, 국회의원 지위확인 소송이 서울행정법원에 제기(2015년 1월)된 것도 그 중 하나이다. 이 사건에 대해 1심 재판부는 “헌법을 구체화해 의원직 상실 결정을 내린 것은 현재의 권한이라서 다른 법원에서 다시 심리하거나 판단할 수 없다”며 각하 결정을 내렸다. 한편, 대법원 전원합의체는 내란음모죄에 대해서는 무죄, 이석기와 김홍열의 내란선동죄에 대해서는 유죄, 그리고 혁명조직(RO: Revolutionary Organization) 존재에 대해서는 입증 부족으로 결론을 내렸다(2015년 1월 22일). 2016년 4월 27일, 서울고법 행정6부는 김미희·김재연·오병윤·이상규·이석기 등 옛 통합진보당 소속 前의원 5명이 국가를 상대로 낸 국회의원지위확인 청구소송에서 1심처럼 원고 패소 판결을 내렸다. 그리고 2016년 5월 26일, 헌법재판소는 통합진보당 해산 결정 재심청구를 재판관 전원 일치된 의견으로 각하 결정을 내렸다(헌재 2016.5.26 2015헌아20). 재심청구가 각하된 주된 이유는 법적 안정성이 재심을 통한 구체적 타당성의 이익보다 크다는 논리에 기반하고 있다.²⁰⁾ 재심청구가 인용된다는 것은 헌법재판소가 스스로의 결정을 번복하고 오류를 인정하는 것이기 때문에 사실상 청구가 수용될 여지는 많지 않다. 특히 헌정사상 유례가 없는 사건에 대한 선례를 남겼다는 점에서 제도적 정당성을 확고히 하기 위한 헌법재판소 입장에서 재심청구를 수용할 가능성은 사실상 거의 없다고 볼 수 있다.

(2) 정치적 쟁점사항

통합진보당 해산 결정에서 제기된 주요 쟁점은 크게 다음과 같다. 1) 민주노동당의 목적과 활동이 이 사건의 심판대상이 되는지 여부, 2) 대

20) 헌법재판소법은 헌법재판소의 결정에 대한 재심의 허용 여부에 관하여 별도의 명문규정을 두고 있지 않고, 헌법재판은 그 심판의 종류에 따라 그 절차의 내용과 결정의 효과가 한결같지 않으므로, 재심의 허용 여부 내지 허용 정도 등은 심판절차의 종류에 따라서 개별적으로 판단될 수밖에 없다. 따라서 헌법재판에서 재심을 허용하지 아니함으로써 얻을 수 있는 법적 안정성의 이익이 재심을 허용함으로써 얻을 수 있는 구체적 타당성의 이익보다 높을 때에는 사안의 성질상 재심을 허용할 수 없다(헌재 1992. 6. 26. 90헌아1; 헌재 2002. 9. 19. 2002헌아5).

통령의 해외순방 중 국무총리가 주재한 국무회의에서 이루어진 정당해산심판청구서 제출안에 대한 의결이 위법인지 여부, 3) 정당해산심판절차에 적용되는 법령 해석 문제, 4) 정당해산의 사유(정당의 목적이나 활동의 의미, 민주적 기본질서의 의미, 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때의 의미, 정당해산의 헌법적 정당화 사유로서 비례원칙의 준수), 5) 통합진보당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배되는지 여부, 6) 정당해산결정이 선고되는 경우 그 정당 소속 국회의원이 의원직을 상실하는지 여부 등이 그것이다.

① 민주적 기본질서의 해석 문제

민주적 기본질서의 의미는 정당해산심판 요건 중 가장 논쟁적인 부분이기도 하다. 왜냐하면 헌법재판소가 통합진보당 해산을 판단한 중요한 근거로 작용하고 있지만, 이를 해석하는 관점은 시대적 배경과 공간적 사유가 담겨져 있기 때문이다. 그간의 논의에서 전통적인 쟁점은 민주적 기본질서가 자유민주적 기본질서²¹⁾를 의미하는 것인지, 아니면 자유민주적 기본질서뿐만 아니라 사회 민주적 기본질서까지 포함하는 것인지에 관한 것이었다. 최근에는 민주적 기본질서를 자유민주적 기본질서와 상호 융합적 개념으로 이해하면서 자유민주적 기본질서 속에 사회복지국가 원리가 포괄된다는 입장도 선보였고, 민주적 기본질서를 종래 논의보다

21) 우리 헌법전상의 영어대역인 ‘basic free and democratic order’는 독일기본법의 “Freiheitliche demokratische Grundordnung”(자유로운 민주주의적 기본질서)을 영어로 바꾸어 놓았다는 점에서 그 뜻의 연원은 독일기본법에서 찾아볼 수 있다. 독일 연방헌법재판소가 사회주의 국가당 사건을 판시한 자유로운 민주주의적 기본질서의 개념은 라이프홀츠(Gerhard Leibholz)가 1951년 그의 논문 「자유로운 민주주의적 기본질서와 기본법」에서 개진한 견해의 대부분을 그대로 수용한 것이다. 라이프홀츠는 민주주의가 자유로운 민주주의가 되기 위한 실체적 내용으로 국민주권, 다수결의 원칙 그리고 평등을 들고 있다. 그러나 이들 조건은 필요조건에 지나지 않으며 언론의 자유, 출판의 자유, 집회의 자유, 결사의 자유, 헌법 개정의 한계 설정과 상호 존중의 원칙에 입각한 정당 결성 및 활동의 자유와 같은 실체적 내용이 보장되어야 한다고 주장한다(국순옥 2015, 223-224).

더 넓게 해석하여 자유민주적 기본질서와 헌법의 기본질서 및 기본가치까지 포괄하는 개념으로 이해하는 입장도 등장하였다(이황희 2016, 10-11). 그러나 일반적인 입장은 민주적 기본질서가 자유민주적 기본질서를 의미한다는 좁은 개념으로 해석하는 것이 다수의견이다.

1960년 제3차 헌법 개정에서 ‘민주적 기본질서’라는 표현이 처음 등장했을 당시 개정헌법 제13조는 “정당의 목적이나 활동이 헌법의 민주적 기본질서에 위배될 때” 헌법재판소가 그 정당을 해산할 수 있다고 명시하고 있다. 그러나 제8차 헌법 개정을 통해 전문에 등장한 ‘자유민주적 기본질서(전문)’와 ‘민주적 기본질서(제8조 4항)’와의 관계 혹은 그 의미, 그리고 자유주의적 민주주의(liberal democracy)와의 관계에 대한 문제는 여전히 해결되지 않고 있다.²²⁾

이러한 상황에서 헌법재판소가 의미하는 ‘자유민주적 기본질서’는 기본적인 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제질서 및 사법권의 독립 등으로 구체화되고 있다(헌재 1990.4.2 89헌가113). 대통령 탄핵심판 사건에서도 탄핵심판절차를 통하여 궁극적으로 보장하고자 하는 헌법질서가 ‘자유민주적 기본질서’임을 선언하고 그 본질적 내용은 기본적인 인권의 존중, 권력분립, 사법권의 독립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도 등으로 구성되어 있다고 판단하였다.²³⁾ 이와 같은 헌법재판소의 판단에 비추어 본다면 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서는 비슷한 의미²⁴⁾로 사용되고 있으며, 그 정치학적 개념은 자유주의적 민주주의, 즉 선거, 법의 지배, 표현의 자유, 그리고 다원적 시민사회 등에 기반하고 있다고 볼 수 있을 것이다.

그러나 이러한 개념은 절차적 개념에 기반한 것으로서 자유민주적 기본질서는 근본적으로 군사파시즘과 연결된 위로부터의 체제 정당화 수단이 라는 비판도 존재한다(국순옥 2015, 256). 우리 헌법에서 ‘자유민주주의’

22) 이와 같은 지적은 이황희 2016, 22 참고.

23) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1. 609, 656; 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1.

24) 헌법재판소가 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서를 구별하고 있다고 해석하는 견해도 있다(김종철 2015, 39-40).

의 동의어로서 나오는 ‘자유민주적 기본질서’는, 북한을 의식한 방어적인 표현으로 사실상 강한 반공주의와 반북의식을 내포하고 있다는 주장도 존재한다. 이런 의미에서 민주화 이전 한국정치에서 자유민주적 질서는 규범상 방어 민주주의 개념에 입각한 것이라 할 수 있지만, 동시에 실현되지도 않은 자유민주적 질서를 방어하기 위해 정치 반대세력에게 선제 공격을 가할 수 있는 매우 적대적인 담론으로 활용되었다(강정인 2008, 46-47).

민주적 기본질서는 기본적으로 정치적 질서이고, 그 주된 초점은 정치과정의 개방성(민주주의)과 그 부작용의 차단(다수의 횡포 억제)에 맞추어져 있다(이황희 2016, 25). 이는 다르게 표현하면 민주적 기본질서에는 경제 질서가 포함되지 않는다는 것을 의미한다. 우리 헌법은 경제 질서에 관한 조항(제119조)을 따로 마련하고 있지만, 헌법에 규정된 것이 반드시 민주적 기본질서에 편입되는 것은 아니다. 민주적 기본질서가 정치적 질서에 국한된다면 경제 질서는 자연스럽게 그 범주에서 제외되기 때문이다. 그러나 여전히 민주적 기본질서는 다양한 사회경제질서와 결합될 수 있는 가능성이 열려 있다.

그렇다면 통합민주당은 어떠한 점에서 민주적 기본질서에 위배되고 있다고 판단할 수 있는가? 이에 대한 헌법재판소의 판단은 ‘정황상 민주적 기본질서에 위배될 것으로 추측된다’는 것이다. 헌법재판소는 “민주적 기본질서의 위배란, 민주적 기본질서에 대한 단순한 위반이나 저촉을 의미하는 것이 아니라, 민주 사회의 불가결한 요소인 정당의 존립을 제약해야 할 만큼 정당의 목적이나 활동이 우리 사회의 민주적 기본질서에 대하여 실질적인 해악을 끼칠 수 있는 구체적 위험성을 초래하는 경우”²⁵⁾라고 판단하였다.

헌법재판소 판결 이후 대법원은 내란음모죄와 혁명조직(RO)은 실체가 없을 뿐만 아니라, 그 주도세력 또한 정확한 실체가 부족하다고 판단하였다. 정당의 강령이 민주적 기본질서에 위배가 될 때에는 공개적으로 당 강령에 명시된 것을 근거로 판단하는 것이 타당하다. 해산 결정된 독

25) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하 1, 24.

일 사회주의제국당은 나치즘을, 독일 공산당²⁶⁾은 마르크스-레닌주의를, 터키 복지당은 신정정치를 각각 목적으로 표방하고 이를 당 강령에 공개적으로 명시하고 있다.²⁷⁾ 그러나 통합민주당은 정당강령에 민주적 기본 질서를 파괴하는 내용이 구체적으로 드러나지 않고 있다.

헌법재판소가 고안한 방법은 분단 상황이라는 한국 상황의 특수성을 활용하는 것이었다. 남북이 대치하고 있는 상황에서 북한식 사회주의를 추구하고 있는 통합진보당을 해체함으로써 대한민국의 민주주의를 보호한다는 방어적 민주주의²⁸⁾ 논리가 바로 그것이다. 정당해산제도는 방어적 민주주의(abwehrbereite, wehrhafte demokratie) 혹은 전투적 민주주의(streitbare demokratie)의 산물로 알려져 있는데, 이는 독일 연방헌법재판소 판례를 통해 확립된 개념이다. 바이마르 헌법 하에서 합법적으로 집권한 나치의 만행을 겪었던 독일인들은 민주주의를 위협하는 세력을 견제할 수 있는 제도로 정당해산제도를 고안하였다(이황희 2016, 8).

정당해산제도가 독일에서는 방어적 민주주의 원리에서 착안되었다 해도, 한국의 헌법적·정당사적 맥락은 다르게 나타나고 있다. 한국의 경우는 1960년 6월 15일 제3차 헌법 개정을 통해 정당해산제도가 도입되었는데, 이는 진보적 야당이 정부의 행정처분에 의해 등록이 취소된 사례에 대한 반성에서 기인한 것이었다. 당시 헌법개정안 심의과정에서 진보당 사건이 거론되면서 이 제도의 정당보호 취지가 부각되었고,²⁹⁾ 당시 헌법개정안기초위원회의 전문위원이었던 한태연도 제2공화국 헌법에서 정당

26) 연방헌법재판소는 공산당금지판결에서 공산당금지의 결정적인 근거를 공산당이 사유재산질서나 직업의 자유를 부인하고 있다는 점이 아닌, 자신의 정치적 신념인 마르크스-레닌주의의 유일한 절대적 타당성을 주장하면서 정치적 반대자를 정치적으로 숙청하여야 할 적으로만 보기 때문에 공산당의 목표와 활동이 자유와 평등의 민주적 원리와 양립할 수 없다고 판단하였다(BVerfGE 5, 85. 198-200, 224-227).

27) 터키 복지당 사건, 연합공산당 사건 등 정당해산과 관련한 유럽인권재판소의 주요 결정에 대한 소개는 윤정인·김선택 2014, 218-242 참고.

28) 우리 헌법이 방어적 민주주의를 채택하고 있다고 보는 헌법재판소의 설시로는, 헌재 1999. 12. 23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800, 814; 헌재 2006. 4. 27. 2004헌마562, 판례집 18-1상, 574, 584; 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 113 참고.

29) 국회도서관(1968). 『헌법개정회의록』 (제4대 국회), 58.

조항을 규정하게 된 첫째 이유가 진보당 해산의 경험에 있음을 밝히고 있다.³⁰⁾ 정당보호를 강조한다고 해서 민주적 기본질서를 침해해서는 안 된다는 헌법재판소 결정을 미루어 볼 때 우리의 정당해산제도는 정당보호와 방어적 민주주의의 양 측면을 모두 가지고 있다고 보는 견해도 있다(이황희 2016, 9-10).

헌법재판소장의 공식적인 발언은 사건을 판단하는데 지대한 영향을 주게 된다. 앞서 살펴본 탄핵심판의 경우에도 결정 시한을 앞두고 헌법재판소장이 특정일을 지정하는 발언을 했고, 결국 탄핵결정 시한은 헌법재판소장의 발언대로 이루어졌다. 정당해산심판의 경우에도 위헌정당의 판단 근거를 공개적으로 밝히기도 했다. 박한철 前 헌법재판소장은 한 강연에서 “통합진보당은 진보세력이 아니며, 오히려 진보 개념을 파괴하는 진보 궤멸 세력”이라고 지적했다. 이어 “(현재 결정은) 북한식 사회주의 정당이나 나치 정당은 헌법체제와 양립할 수 없다고 규정한 것”이라고 말했다.³¹⁾ 이와 같은 발언은 헌법재판소가 정당해산결정의 사법적 논리를 천명하고, 기관의 정당성과 합법성을 확보하려는 것으로 이해할 수 있다.

통합진보당이 민주적 기본질서를 파괴하고 구체적인 위협이 있다는 증거도 미약한 상황에서 헌법재판소는 정당해산을 결정했다. 이러한 결정에 대해서 비례원칙 심사가 엄격하게 이루어져야 한다는 견해가 제시되기도 한다(이황희 2016, 47-49). 국제적으로도 정당해산을 결정하는 기준을 엄격하게 요구하고 있는데 베니스 위원회는 정당해산 시 헌법적 질서 및 시민들의 기본적인 자유와 권리를 위협할 정도의 증거가 충분할 때 결정되어야 한다고 강조하고 있다.³²⁾ 비례심사 원칙을 통해 정당해산 보다는 국고보조금 삭감이나 정지, 또는 선거후보자 입후보 금지 등과 같이 정당에 제재를 가할 수 있는 수단을 마련함으로써 민주적 기본질서의

30) 한태연 1991, 75.

31) 한국신문방송편집인협회 초청 토론회 기초발언(2016.3.18.)

32) European Commission for Democracy Through Law(Venice Commission), *Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures*, art. III, § XIII(www.venice.coe.int); Issacharoff(2007), 1452.

근간을 확립하고 갈등의 소지를 줄여나갈 수도 있었다. 이러한 방법은 헌법에서 보장하고 있는 공무담임권이나 정치참여의 자유, 그리고 정치자금법과 같은 관계 법률과의 검토가 추가적으로 요청되기도 한다.

② 국회의원 자격심사 자율성 침해 문제

헌법재판소가 통합진보당 해산 결정을 내린 사흘 후인 2014년 12월 22일에 중앙선거관리위원회는 ‘헌법재판소의 위헌정당해산결정에 따라 해산된 정당 소속 비례대표지방의회의원은 위헌정당해산결정이 선고된 때부터 공직선거법 제192조 제4항에 따라 퇴직한다’고 의결하였다. 이러한 결정으로 통합진보당 소속 비례대표지방의회의원은 모두 의원직을 상실하게 되었다.

헌법재판소가 주도세력에 대한 형사처벌이나 국회의 자격심사 방법(헌법 제64조 제2항, 제3항)을 통한 정당 활동의 제어 혹은 헌법불합치나 한정위헌 결정과 같은 국회와 헌법재판소 간의 완충장치가 있음에도 불구하고 정당해산심판이라는 최후 수단을 직접적으로 사용한 이유는 무엇인가? 동시에 민주적 정당성이 없는 헌법재판소가 국민이 직접 선출한 대표기관인 국회의원의 자격을 박탈한 것이 정당한 것인지의 문제와 이를 판단하기 위한 정당성은 어디에서 나오는 것인지에 관한 의문이 제기될 수 있다.

현행 헌법(제64조), 정당법(제45, 47, 48조), 공직선거법(제192조 제4항) 등을 살펴보면 정당해산 시 그 소속의원들의 의원직이 상실된다는 규정은 사실상 명확하게 존재하지 않는다. 헌법 제64조 제2항은 “국회는 의원의 자격을 심사하며, 의원을 징계할 수 있다”라고 명시하고, 국회의원의 자격에 관한 심사권을 국회에 위임하고 있다. 또한 국회법 제14장 제155조에서 제164조에 이르는 항목은 국회 윤리특별위원회의 심의로 국회의원을 제명할 수 있음을 명시하고 있다. 한 가지 주목할 점은 헌법 제64조 제4항은 국회의원에 대한 자격심사 및 제명 처분에 대하여는 법원에 제소할 수 없다고 규정함으로써 국회의원에 대한 자격 심사권은 사법

부의 심사대상이 아니라 국회의 자율적인 영역에 해당한다는 사실을 명확히 하고 있다는 점이다.

한편, 헌법재판소가 통합진보당을 해산하면서 진보당에 소속되어 있던 비례대표 지방의원의 의원직 상실은 부당하다는 법원의 판결이 나왔다. 전주지방법원은 옛 진보당 비례대표 의원인 이현숙 前 전북도의원이 전북도와 도의회 그리고 도선거관리위원회를 상대로 낸 ‘비례대표 지방의회 의원 퇴직처분 취소 등 소송’에서 원고 승소 판결을 내렸다(전주지방법원 2015.11.25. 선고 2015구합407). 이는 중앙선거관리위원회가 2014년 12월 통합진보당 소속 비례대표 지방의원 6명의 의원직 상실을 결정한 것과 배치되는 결과이기도 하다. 재판부는 판결문에서 “위헌정당해산결정에 따라 정당이 해산된 후 그 정당 소속 비례대표 지방의원이 직을 상실하는지에 관해 헌법이나 법률에 규정이 없다”며 “중앙선거위, 전북도선거위, 전북도, 전북도의회는 원고의 지방의원직 퇴직 또는 의원직 상실 여부를 결정할 권한이 없다”고 판시했다. 또한 재판부는 “헌재의 위헌정당해산결정에 따라 원고가 타의로 당적을 이탈하게 된 이상 원고에게 공직선거법 제192조 제4항에서 정한 당연 퇴직 사유가 발생하지 않았다”고 판시했다.

헌법재판소가 결정한 사항에 대해 지방법원이 정반대의 결정을 내린 것은 관련법 규정의 부재와 해석의 모순을 극명하게 보여주는 것이다. 그리고 국회의원의 자격에 관한 심사는 국회의 자율적인 영역임에도 불구하고 헌법재판소는 국회의 자율성을 침해하는 결정을 내렸다.

③ 정부 제소 절차상의 문제

헌법 제8조 제4항은 “정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의해 해산된다”고 규정하고 있다. 이는 제소권과 심판권을 각각 정부와 헌법재판소에 나누어 그 판단의 신중함을 도모하고자 한 것으로 이해할 수 있다. 헌법 제89조에는 제소를 하기 위해서 국무회

의의 심의를 거치도록 하고 있는데, 이는 명시적 절차를 마련해 놓음으로써 헌법 기관 내부에서 자체적으로 심의하고 숙고할 수 있는 계기를 마련한 것으로 볼 수 있다. 그러나 당시 국무회의 수장인 박근혜 前 대통령은 6일간의 해외순방 중에 전자결재를 함으로써 절차상의 논란을 불러일으켰다. 통상 국무회의에 상정하려면 차관회의를 거쳐야 하는데 사안의 긴급성을 이유로 차관회의를 생략한 채 긴급안건으로 의결한 후 대통령이 해외체류 중에 전자결재를 단행한 것이다. 국무회의는 대통령의 자의적인 판단을 견제하기 위한 심의기관으로서 관계 부처들 간 집단지성을 통해 안건에 대해 신중하게 판단을 내리는 회의체이다. 그러나 헌법재판소는 대통령의 전자결재 및 차관회의를 생략한 채 진행된 국무회의 절차에 대해 법적으로 문제될 것이 없다는 점을 확인했다. 만일 헌법재판소가 행정부 내의 절차를 엄격하게 해석했다면, 정당해산결정은 다른 방향으로 전개되었을 수도 있었다. 헌법재판소는 행정부 절차에 대해서는 자율성을 인정하는 한편, 국회의 의원자격심사 자율성에 대해서는 적극적으로 개입하는 모순을 보여주고 있다.

정부형태에 따라 정부와 헌법재판소가 서로 견제되지 않는 상황에서는 제소권과 심판권이 하나로 통합되어 나타날 수 있다. 또한 대통령을 수반으로 하는 정부만 정당해산심판 청구권을 가지고 있기 때문에 심판청구권의 남용을 통제할 수 있는 장치가 없다는 점도 문제로 지적될 수 있다. 정당해산심판을 진행하는 과정에서 헌법재판소는 행정부 견제 기능을 다하지 못했으며, 절차와 규범을 자의적으로 해석하는 모순을 보여주었다.

2. 헌법재판소와 대법원 간의 갈등

통합진보당의 내란음모죄에 대해 헌법재판소와 대법원은 서로 상반된 판단을 내렸다. 헌법재판소는 대법원보다 한 달 여 빠른 시점에 정당해산을 결정했다. 일각에서는 헌법재판소가 대법원의 판단을 기다려야 할 이유가 없다는 주장도 하고 있으나, 사법부 내부에서 동일한 사안에 대

해 서로 상반된 의견을 보이는 것은 법의 통일성과 안정성, 그리고 신뢰성 측면에서 흠결을 드러내는 것이라 할 수 있다. 대법원과 헌법재판소 간의 갈등은 비단 어제 오늘날만의 일은 아니다. 대법원과 헌법재판소는 20년 넘게 대립해오고 있는데, 그 대립이 가장 극명하게 나타난 것은 <헌재 1997. 12. 24. 선고 96헌마172, 173(병합)> 결정이었다.³³⁾

헌법재판소가 정당해산 결정을 내린 지 한 달 후, 대법원은 내란음모죄에 대해서는 무죄를, 혁명조직(RO)에 대해서는 그 존재를 부정하는 판결을 확정했다. 정부가 헌법재판소에 정당해산심판을 청구한 사이 법원은 최종심을 통해 해당 사건을 종결시켰다[표 5-1].

[표 5-1] 통합진보당 판결 일지

종류	법원	사건번호	선고기일	종국결과
1심	수원지방법원	2013고합620	2014.2.1	이적표현물 소지 무죄, 내란음모죄 유죄, RO 존재 인정
2심	서울고등법원	2014노762	2014.8.11	내란선동죄 유죄, 이석기 내란음모 무죄, RO 존재 부정

33) 소득세법 개정을 둘러싸고 재산권을 침해했는지 여부를 판단하는 사건에 대해 헌법재판소와 대법원은 그 입장을 첨예하게 달리하였다. 대법원은 “법률이나 법률조항은 그 전부나 일부가 소멸되지 아니하거나 문언이 변경되지 않은 채 존속하고 있는 이상 구체적 사건에 있어서…법령의 해석·적용권한은…법원에 전속하는 것이므로…한정위헌결정에 표현되어 있는 헌법재판소의 법률해석에 관한 견해는 법률의 의미·내용과 그 적용범위에 관한 헌법재판소의 견해를 일부 표명한 데 불과하여…법원의 법령 해석 적용 권한에 대하여 어떠한 영향을 미치거나 기속력을 가질 수 없다”고 판시하였다. 이러한 대법원 판결에 대해 헌법재판소는 예외적으로 법원의 재판도 헌법소원심판대상이 될 수 있음을 전제로, 한정위헌결정도 위헌결정으로서 기속력을 가지므로 적용이 배제된 부분은 법원을 비롯하여 모든 국가기관 및 지방자치단체를 기속하므로 법원은 한정위헌결정에 반하는 해석을 할 수 없다고 판시함으로써 양측이 서로 다른 입장을 보였다.

3심	대법원	2014도10978	2015.1.22	내란음모죄 무죄, 이석기와 김홍열 등의 내란선동죄 유죄, RO 존재 부정
정당 해산 심판	헌법재판소	헌재 2014.12.19 2013헌다1	2014.12.19	헌법재판소 정당해산 및 국회의원직 상실

이는 사실상 고등법원 판결을 확정 한 것으로, 일부에서는 헌법재판소가 대법원 판결이 나온 이후에 정당해산결정을 내리게 되면 부담이 될 것이기 때문에 대법원보다 먼저 사건을 종결시켰을 것이라는 견해도 제시하고 있다.

헌법재판소와 대법원이 갈등을 보이는 또 다른 이유 중의 하나는 대법원장이 헌법재판소 재판관 3인을 지명하는 구조에서 그 원인을 찾을 수 있다.³⁴⁾ 3부에 의한 선출방식의 문제에 있어서 가장 많은 비판을 받는 것은 대법원장의 지명에 관한 것이다. 국민에 의해서 선출되지 않은 대법원장이 헌법재판소 재판관을 지명하는 것은 대통령의 임명과 국회의 의한 선출에 비해 민주적 정당성이 약하다고 볼 수 있다. 또한 대법원장의 지명권 행사에 대해 별다른 통제장치가 없다는 점에서 대법원의 권력

34) 대법원장의 지명권을 옹호하는 견해는 다음과 같다. (1) 대의제도 아래 통치권의 형성 및 행사에 반드시 직접적인 민주적 정당성이 필요한 것은 아니고, 의회를 통한 간접적인 민주적 정당성의 부여만으로도 통치권의 형성 및 행사에 대한 헌법적 요청을 충족시킬 수 있는 것이므로, 헌법기관을 구성하기 위한 대법원장의 권한에 반드시 직접민주주의적인 민주적 정당성이 요구된다는 지적은 논리적 비약이다. (2) 헌법재판소의 구성의 문제는 형식적인 민주적 정당성의 크기가 문제가 아니라 우리 헌법과 헌법현실에 대한 총체적인 이해를 전제로 한 실질적, 기능적 접근이 요구되는 쟁점이다. 헌법재판은 다수결의 원칙에 따르는 정치적 의사형성 및 결정의 한계로서의 소수자 보호(기본권 보장)가 무엇보다 중요한 과제라고 할 수 있으므로, 이에 부합하는 재판관 선출방법이 고려되어야 한다. (3) 소수자 보호를 임무로 하는 법원의 수장으로서 국회의 동의를 얻어 대통령에 의하여 임명된 대법원장이 헌법재판소의 구성에 참여하는 것은 사법기능에 의한 정치세력의 통제라는 실질적, 기능적 권력분립의 실현에 기여할 수 있다(장석조 2001, 340-341).

집중이라는 견해도 있다(남북현 2006, 400). 특히 박근혜 前 대통령에 대한 탄핵심판을 통해 헌법재판소가 다시금 주목을 받게 되면서 헌법재판소의 재판관의 임명 방식에 대한 문제점이 지속적으로 제기되고 있다. 대법원장은 대통령과 여당의 몫이라는 인식이 강한 상황에서 대법원장이 지명하는 헌법재판소 재판관 역시 정부와 여당의 영향력으로부터 자유로울 수 없고, 재판관 구성의 민주적 다원성은 약화될 수 있기 때문이다. 이에 국회 헌법개정특별위원회는 대법원장의 대법관 제청권과 헌법재판관 3명 지명권을 삭제하는 개정안이 필요하다는 입장을 개진하고 있다(2017년 5월 13일 기준). 권력균형적인 측면에서 보더라도 대법원장이 헌법재판소의 구성을 담당하는 권한을 가지는 반면에 헌법재판소는 대법원의 구성에 관여할 수 있는 권한이 없다. 헌법 체계론적 측면에서도 헌법재판소와 대법원이 각각 헌법 5장과 6장에서 별개의 장으로 규정되고 있으며, 헌법재판소는 헌법의 최종적 해석을 담당하고 대법원이 위헌법률심판을 제청하면 헌법재판소의 심판에 의하여 재판하여야 하는데 대법원장에 의한 헌법재판관의 지명은 이와 같은 헌법체계와 조화되지 않는다는 견해도 있다(허영 2011, 110). 이러한 구조 속에서 헌법재판소와 대법원 간의 갈등은 이미 내재화되어 있다고 해도 과언이 아니다. 이러한 논의의 핵심은 대법원장과 헌법재판소장 및 재판관 등을 모두 임명할 수 있는 대통령의 광범위한 인사권을 견제해야 한다는 주장과도 맥을 같이 한다.

내부 상황에 대한 인식은 외부의 시각을 통해 객관화되기도 한다. 2014년 헌법재판소 연구관이 일본 국외연수를 다녀오면서 제출한 ‘일본이 한국의 헌법재판제도를 보고 있는 시각’이라는 보고서 내용을 보면 ‘한국의 헌법재판제도가 지나치게 정치화되어 있고 대법원과의 관계에서 권한 다툼을 일으켜서 법적 혼란을 스스로 야기하고 있다’³⁵⁾ 라고 지적하고 있다. 헌법재판관 임명 방식이나 그 결정 사안이 정치적 압력으로부터 자유롭지 못하고, 대법원과 사법 권력을 장악하기 위한 내부적 갈등이 심하다는 것은 앞서 지적한 바와 같다. 헌법재판소 스스로 규범적이고 절

35) 헌법재판소 국정감사 회의록, 제19대 329회(2014.10.17). 29.

차를 강조하는 헌법수호 기관이라고 주장한다 할지라도, 외부의 평가와는 이질적인 모습을 보이고 있다는 것을 알 수 있다.

3. 통합진보당 해산 관련 언론 동향 및 반응성 분석

(1) 언론 보도 경향³⁶⁾ 및 여론조사 결과

언론에서 보도하고 있는 요지는 크게 두 갈래로 구분된다. 정부가 통합진보당 해산 청구를 한 것은 절차와 근거를 무시한 권력의 폭력이라는 논조와 북한의 사회주의를 추구한 것은 대한민국의 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하기 때문에 정당하다는 논조가 그것이다. 이는 정당에 대한 심판은 선거를 통해 국민이 직접 공론의 장에서 선택해야 한다는 입장과 헌법 규정(제8조 제4항)에 따라 심의하는 것이기 때문에 문제가 없다는 입장과 각각 연결된다. 전자의 경우 무리한 법 적용의 문제점을 지적하고 있는데, 통합진보당 해산 결정은 내란음모나 선동죄의 모호성과 구체적 실행력의 부재 등에 따른 정치적 사건이라고 주장하고 있다. 실제로 서울고등법원은 이석기 의원의 내란음모 혐의에 대해서 무죄를 선고하고 혁명조직(RO)의 실체도 인정하지 않았다. 1심에서 유죄로 인정한 내란선동 혐의는 개인적·우발적 행위이기 때문에 정당 전체의 문제로 볼 수 없다고 판단했다. 이러한 의견은 헌법재판소 최종 결정문에서도 나타나고 있다. 통합진보당 해산에 반대의견을 제시한 김이수 헌법재판관은 “피청구인(통합진보당)의 일부 구성원이 민주적 기본질서에 위배되는 사상을 가지고 있으므로 나머지 구성원도 모두 그러할 것이라는 가정은 부

36) 정부는 지난 2013년 11월 5일에 통합진보당 해산 청구 및 정당활동정지 가처분신청을 헌법재판소에 접수했다. 관련 동향을 파악하기 위해서는 사건을 접수하기 전의 언론 기사도 파악할 필요가 있다고 판단하여 사건 접수 한 달 전인 2013년 10월 1일부터 헌법재판소가 정당해산 결정을 최종적으로 내린 2014년 12월 19일까지 검색 기간을 설정하였다. 검색대상은 조선일보, 중앙일보, 동아일보, 한겨레, 경향신문 등 주요일간지에 “통합진보당 해산”이라는 검색어를 입력한 후 검색된 기사 997건 중 사실 위주로 논조를 정리하였다.

분에 대하여 말할 수 있는 것을 전체에 부당하게 적용하는 것으로서 성급한 일반화의 오류”³⁷⁾라고 지적하고 있다.

반면 후자의 기본적인 시각은 민주주의 질서에 정면으로 도전하는 행위에 대한 처벌의 의미를 부여함으로써 민주적 기본질서 보호에 무게를 싣고 있다. 또한 판결 내용에 대한 법리적 해석이나 평가보다는 법원 판결의 절대성이라는 재판의 절차적 합법성에 초점을 맞추고 있다.

정부는 이석기 의원에 대한 여론 악화와 국정운영 지지도에 대한 자신감을 바탕으로 헌법재판소에 정당해산 청구를 요청했다. 정부의 통합진보당 해산 청구에 대한 여론조사(2013.11.6., 동아일보·리서치앤리서치)를 보면 ‘정부의 해산심판 청구는 적절한 조치였다’는 응답이 전체의 60.1%, ‘부적절한 조치였다’는 답변은 28.5%로 나타났다. 그리고 통합진보당 소속 의원들의 의원 자격 상실에 대해서도 응답자의 49.9%는 ‘지역구 의원과 비례대표 모두 상실해야 한다’고 답변했고, ‘비례대표 의원만 상실해야 한다’는 의견은 22.7%의 응답을 보였다. 이와 관련하여 2004년 한국공법학회가 발표한 <정당해산심판제도에 관한 연구> 보고서에 의하면 정당해산제도는 정당을 보호하기 위한 제도라는 점에 중점을 두어야 하며, 정당이 해산되더라도 소속 국회의원의 의원직은 유지되는 것으로 봐야 한다고 주장하기도 했다. 실질적으로 헌법재판소의 해산결정에 따른 정당의 강제해산의 경우에는 그 정당 소속 국회의원이 그 의원직을 상실하는지 여부에 관한 헌법이나 법률에 아무런 규정을 두고 있지 않다. 이러한 점은 헌법재판소 판결문에도 적시되어 있다. 따라서 국회의원직 상실에 대한 헌법재판소의 자의적 해석이 개입할 여지가 발생하게 된다. 헌법재판소는 “위헌으로 해산되는 정당 소속 국회의원의 의원직 상실 여부는 위헌정당해산제도의 취지와 그 제도의 본질적 효력에 비추어 판단해야 한다”³⁸⁾고 강조하고 있다.

또한 통합진보당은 ‘중북 세력’이라는 설명에 얼마나 공감하는지에 관한 질문에는 ‘공감 한다’는 의견이 56.2%, ‘공감하지 않는다’는 의견이 37.3%

37) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 116.

38) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 112-113.

를 보였다. 이러한 답변이 나온 이유는 당시 이석기 前 의원이 내란음모 등으로 구속되면서 통합진보당에 대한 국민적 반감이 형성되었던 시기였기 때문이다. 당시 여론조사에서 새누리당 지지도(47.4%)는 민주당 지지도(23.0%)보다 두 배 이상 높게 나타났고, 박근혜 대통령 국정운영 지지도도 ‘잘하고 있다’는 의견이 64.1%, ‘잘못하고 있다’는 의견이 28.2%로 집계되었다. 여론조사를 통해 대통령에 대한 국정운영 지지도와 정부의 해산심판 청구를 적절한 조치로 보는 응답이 서로 비슷한 수준을 보인다는 것을 알 수 있다.

통합진보당 해산 결정에 대해 ‘찬성한다’는 의견은 63.8%(매우 찬성 45.5%, 대체로 찬성 18.4%)로 ‘반대한다’는 의견 23.7%(매우 반대 11.6%, 대체로 반대 12.1%)보다 상당히 높은 것으로 나타났다. 그리고 통합진보당 소속 지역구 의원의 의원직 상실 결정에 대해 ‘의원직 상실이 당연하다’는 의견이 55.8%였고 ‘무소속으로 활동할 수 있게 했어야 했다’는 의견이 38.8%였다.³⁹⁾ 또 다른 여론조사에서는 현재의 통합진보당 해산 결정에 대해 국민의 61%가 올바른 결정이라고 대답했다. 통합진보당 해산에 대해 ‘올바른 결정’이라는 응답이 60.7%로 ‘무리한 결정’이라는 응답(28.0%)보다 두 배 이상 높게 나타났다.⁴⁰⁾

(2) 여론과 사법자제 판결

본 연구는 사법자제를 국민여론을 적극적으로 반영하는 결정을 내리는 것으로 정의하고 있다. 이러한 정의에 따르면 통합진보당 해산 결정은 사법자제 판결로 볼 수 있다.

그러나 여론조사 결과가 당시 박근혜 정부와 헌법재판소의 결정에 호의적이었다 해도 이러한 결과를 그대로 수용하는 것은 경계할 필요가 있다. 이러한 문제의식은 정당해산 결정을 유일하게 반대한 김이수 재판관의 반

39) 중앙일보(2014.12.19.~20) 전국 성인남녀 1,000명 대상, 유무선 병행 RDD 방식, 표본오차 95%신뢰수준 $\pm 3.1\%p$.

40) MBN·리얼미터(2014.12.19.) 성인남녀 500명 대상, 무선전화(50%)와 유선전화(50%) 병행 RDD 방식, 표본오차 95%신뢰수준 $\pm 4.4\%p$.

대의견에서 찾아볼 수 있다. 김이수 재판관은 “최근(2014. 12.) 여러 언론사가 보도한 여론조사 결과에 따르면 피청구인은 2.8%의 지지율을 보이고 있는바, 이는 이 사건 심판절차가 개시된 이후 우리 사회의 정치적 공론 영역에서 피청구인에 대한 실효적인 비판과 논박이 이루어진 결과로 해석된다.”⁴¹⁾고 반대의견을 밝히면서 정당해산심판은 기각되어야 한다고 주장했다. 이러한 해석은 여론조사 결과가 공정한 것이 아니라 여러 상황과 비판에 의해서 형성되었기 때문에 이를 온전하게 수용하는 것은 잘못된 판단을 할 수 있다는 것을 경고하는 것으로 해석할 수 있다.

4. 소결: 정치국면 전환과 사법자제 판결의 모순

통합진보당 해산 결정은 여론과 정부에 대한 반응성과 제도적 정당성을 극대화했지만 정당 보호를 위한 책임성과 정당해산 사유의 내용적 정당성을 최소화시킨 사법자제 판결로 볼 수 있다.

사실상 언론에 ‘북한식 사회주의’와 ‘중북’이라는 단어가 지속적으로 노출되면서 정치적 색채를 드러낸 여론이 형성되었고, 이러한 여론의 형성에는 정부의 의지가 강력하게 반영되었다고 해도 과언이 아니다. 최종적으로 정당해산 결정을 내린 것은 헌법재판소였지만, 이미 해산을 결정한 정부의 의중에 헌법적 해석이 부여됨으로써 통합진보당 해산 결정에 절차적 정당성이 부여된 것으로 볼 수 있다. 물론 헌법재판소가 여론이나 정부의 결정에 일방적으로 호도되는 것은 아니다. 그러나 통합진보당 해산 사건은 정부의 의지가 무엇보다 강력했고, 민주적 기본질서 등과 같은 추상적이고 규범적인 차원을 구체적으로 판단하기 위한 헌법재판소의 헌법해석 재량권은 그 어느 때보다 확장되었다. 기존의 판례를 통해 민주적 기본질서에 대해 헌법재판소도 나름의 법리를 가지고 있었지만, 이를 정당해산심판 사건에 적용한 것은 처음이기 때문에 헌법재판소가 해석할 수 있는 권한은 다른 어느 사건에 비해 확대되었다고 볼 수 있다.

41) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 233.

소속의원의 국회의원직 박탈은 선거와 대표와 같은 정치적 공론장을 좁게 해석했다는 점에서 사법적극주의라는 반론도 가능하다. 헌법재판소는 정당해산심판을 관장하지만 국민의 대표자의 지위를 갖는 국회의원의 자격을 박탈하는 문제는 별개의 건으로 판단해야 한다. 헌법상 국회의원의 자격심사와 제명은 국회의 자율권으로 보장되고 있으며, 이에 대해서는 법원에 제소할 수 없도록 규정(헌법 제64조 제4항)하고 있는 것도 대표성의 원리를 엄격하게 해석하고 있기 때문이다. 따라서 정당해산결정을 하더라도 의원직 상실에 관한 구체적 법률규정이 없는 한 헌법재판소가 의원직 상실을 명한 것은 그 권한을 넘어선 것이며, 대표의 원리를 침해한 것으로 볼 수 있다.

한편, 대통령을 수반으로 하는 행정부만이 정당해산심판청구권을 행사할 수 있는데, 그 청구권의 남용을 견제할 수 있는 장치가 없다는 것도 문제점으로 지적될 수 있다. 현재와 같은 절차 구조에서 심판청구권은 야당 혹은 이념을 달리 하는 소수정당을 대상으로 한다는 점에서 이들에 대한 보호 장치가 적극적으로 마련될 필요가 있다.

제6장 [헌법소송 유형 5]

정치적 책임 분산의 이유로 제기된 사건

여기에서는 정치적 책임을 분산하고 경감하기 위해 헌법소송을 제기하고 있는 유형을 분석하고 있다. 이러한 유형의 대표적인 사례는 두 차례의 탄핵심판 사건이다. 탄핵심판으로 그 연구대상을 제한한 것은 탄핵심판 절차의 구조적 요인에 기인한다. 헌법상 규정된 탄핵심판 절차는 국회와 헌법재판소가 주요한 행위자로 등장하게 되며, 그 정치적 결과에 대한 책임은 두 기관 모두에게 분배된다.

민주화 이후 30년의 기간 동안 민주주의를 공고화하는 과정에서 대통령에 대한 탄핵이 두 번이나 시도되었다는 것은 대한민국 헌정사나 전 세계사적으로도 유례없는 사건으로 기록되고 있다. 대통령에 대한 탄핵과정에서 주요한 행위자는 대통령을 포함하여 국회와 헌법재판소이다. 탄핵소추절차가 국회와 대통령의 관계에 관한 문제라면, 탄핵심판절차는 헌법재판소와 대통령의 관계에 관한 문제이다. 국회는 유권자를 대상으로 한 위임기관이라는 점에서 책임성(accountability)과 대표성(representation)을 근간으로 한다. 헌법재판소가 주목을 받게 된 것은 2004년도 노무현 前 대통령에 대한 국회의 탄핵소추안 가결과 헌법재판소의 탄핵심판 기각 결정에서 비롯되었다(제1차 탄핵사태). 이 사건을 계기로 헌법재판소는 법치주의를 실현하는 헌법수호자로 자리매김되는 반면, 정치적 혼란을 수습하지 못한 국회는 법치주의의 근간을 흔들고 국정 공백을 야기시킨 정치적 무능자라는 비판에 직면했었다.⁴²⁾ 12년이 지난 2016년 12월 박근혜 前 대통령에 대한 탄핵소추안이 국회를 통과했고, 그로부터 92일

42) 이와 같은 비판은 국민적 여론을 제대로 뒷받침하지 못한 국회의 정파적(partisan) 결정에 기인한다. 당시 탄핵을 반대하는 여론은 70.6%였으며, 결과적으로 여론에 반응성(responsiveness)을 보인 것은 국회가 아닌 헌법재판소였다.

이 지난 2017년 3월 10일 헌법재판소는 박근혜 前 대통령에 대한 인용 결정, 즉 법적으로 파면을 선고했다(제2차 탄핵사태). 이른바 탄핵정국은 민주주의의 위기이자 동시에 헌법의 위기이기도 하다. 주권자인 국민과 위임자인 대통령 사이의 정치적 관계에 관한 근본적 부정에서 시작되어 대표성의 원리에 기반하고 있는 국회의 역할에 대한 불신, 그리고 사법적 판단을 통한 의사결정과정의 종결 등 대통령 탄핵을 둘러싼 일련의 정치과정이 대의민주주의와 헌정주의의 위기로 점철되어 있다고 해도 과언이 아니다.

탄핵은 본질적으로 정치과정에 해당한다. 비록 탄핵심판에 사법부가 그 기능을 한다 할지라도 탄핵이 최초 시도되는 지점은 국회이다. 국회가 정치적 발화를 하지 않는 이상 탄핵제도는 시도될 여지조차 없다. 따라서 탄핵제도는 정치과정에 대한 이해를 필연적으로 수반하며, 그 과정에 참여하는 주요 행위자의 역할에 대한 해석이 요구된다.

본 연구는 헌법재판소의 결정에 대한 법리적 해석이나 혹은 국회와 헌법재판소, 또는 민주주의와 헌정주의라는 이분법적 구도에서 탈피하는 것을 목적으로 하는바, 대통령 탄핵제도를 통해 헌법재판소가 사법적 행위자 이면에 또 다른 의미에서 정치적 행위자로 정치과정에 개입하고 있다⁴³⁾는 점을 강조하는데 초점을 맞추고 있다. 여기에서 지칭하는 정치적 행위를 어떻게 규정하느냐에 따라 정치과정에서 헌법재판소가 보여주고 있는 역할과 성격이 보다 선명하게 나타난다.

지금까지 헌법재판소가 내린 결정을 보면 국민적 관심이 높은 사안일수록 여론과 일치하는 결론을 내렸으며, 탄핵심판 역시 예외가 아니었다. 본 연구는 탄핵심판을 정치과정 측면에서 연구한 바움가트너와 카다(Baumgartner & Kada)의 연구를 인용해 국회와 헌법재판소의 관계를 살펴보고 헌법재판소가 한국정치과정에서 정치적 행위자로서 어떠한 의미를 가지고 있는지 실증적으로 분석하고 있다. 먼저 한국정치사에서 탄

43) 이러한 주장에 대해 여전히 논란이 있기는 하나 제1차 탄핵사태 이후 ‘헌법재판소는 더 이상 정치의 중립지대에 서 있는 것이 아니라 자의든 타의든 다른 국가기관, 특히 대통령에 대하여도 강력한 권력통제기능을 수행하고 있다’는 의견이 대두되었다(김배원 2007, 179).

탄핵제도를 간략히 살펴보고, 기존 연구를 통해 탄핵제도의 주요 쟁점을 살펴보고 있다. 제1차 탄핵과 제2차 탄핵을 비교해봄으로써 탄핵과정의 주요 요인에 대한 평가를 시도하고 있다. 특히 반응성, 책임성, 정당성의 차원에서 탄핵소추안 의결과정과 탄핵심판 과정을 분석하고 있다. 제1차 탄핵사건에서는 탄핵심판이 진행되는 가운데 실시된 제17대 총선을 통해 분점정부에서 단점정부로 정부형태가 변경되었다는 점이 특이할만하다. 제1차 탄핵심판은 헌법과 법률 위반사항이 확인되었음에도 불구하고 그 법위반의 중대성이 심각하지 않다는 이유로 기각 결정을 내렸다는 점에서 사법자제로 볼 수 있다. 제2차 탄핵심판은 탄핵사유 중 특정 개인의 국정개입을 허용하고 권한을 남용한 행위에 대해 헌법과 법률의 위반사항을 확인했지만, 공무원 임명권 남용과 언론의 자유 침해, 생명권 보호 의무 위반 사항에 대해서는 헌법과 법률 위반을 인정하지 않았다. 그리고 불성실한 직책 수행 의무에 대해서는 규범적으로 그 이행이 관철될 수 있는 성격이 아니기 때문에 사법적 판단의 대상이 될 수 없다고 판단했다. 헌법재판소는 박근혜 대통령에 대한 탄핵 지지가 높았던 국민여론을 바탕으로 헌법수호의지를 강조하면서 탄핵 인용 결정을 내렸다. 헌법재판소가 보여준 법리는 국민여론을 적극적으로 반영하고 있다는 점에서 사법자제 판결로 볼 수 있다.

1. 탄핵제도와 헌법재판기관

탄핵제도는 의원내각제의 불신임안에 비견되는 제도로서 대통령제에서 민주적 정당성이 결여된 대통령에 대한 국민적 불신임을 표출할 수 있는 합법적이자 강력한 제도이다. 대통령은 선거를 통해 선출되기 때문에 기본적으로 국민적 정당성을 기반으로 한다. 그러나 여러 가지 정치적 이유로 국민의 신임이 더 이상 지속되기 어려운 상황이 발생할 수 있다. 만일 국민이 대통령에 대한 지지를 철회하겠다는 집합적 의지가 발현되고 있다면 이는 대통령에 대한 민주적 정당성이 결여된 상황으로 볼 수 있다. 탄핵제도는 그 특징상 탄핵소추와 탄핵심판이 결합되기도 하고 혹

은 구분되어 운영되기도 한다. 탄핵소추와 탄핵심판이 의회의 상·하원에 모두 있는 유형(영국, 미국, 필리핀, 인도), 의회에서 대통령을 파면(사임)시키는 유형(남아프리카공화국), 의회의 소추와 의회기반의 탄핵심판 유형(일본, 프랑스), 그리고 탄핵소추권은 의회에게 부여하지만, 탄핵심판권은 사법기관에게 부여하는 형태(독일⁴⁴⁾, 한국, 대만) 등으로 구분된다. 그리고 의회가 탄핵소추를 하지만 탄핵심판은 국민투표를 통해 결정하는 형태(오스트리아, 아이슬란드)도 있다. 바움가트너와 카다(Baumgartner & Kada)는 의회가 탄핵소추와 탄핵심판권을 모두 행사하는 경우를 의회 주도형(legislature-dominant)체제로, 의회와 사법기관이 공동으로 참여하는 체제를 혼합(mixed) 체제로 보았다(Baumgartner & Kada (ed) 2003, 142). 한국의 경우는 국회와 헌법재판소가 모두 참여하므로 혼합체제에 해당한다. 혼합체제는 정종섭(2006)이 주장하고 있는 ‘균형모델’⁴⁵⁾과 맥을 같이 하는 것으로 보이나, ‘균형’이라는 용어로 인해 국회와 헌법재판소가 어느 쪽으로도 치우치지 않고 동등한 무게감을 가지고 있는 것으로 해석될 여지도 있다. 그러나 정치적 상황에 따라 국회와 헌법재판소가 정치과정에서 보여주는 무게가 서로 다를 수 있다는 점, 그리고 국회와 헌법재판소를 둘러싼 외적 환경과의 유기적 관계도 고려해 봤을 때 균형 모델보다는 혼합 체제라는 표현이 보다 적절한 표현이라고 본다. 한편, 법리상으로는 미국·독일 그리고 한국과 같이 공직에서 파면함과 동시에 일정기간 동안 공직취임을 금지시키는 경우는 징계절차의 성격을 갖는다(음선필 2004, 148). 탄핵제도가 운영되는 형태는 나라별로 다르지만, 지배자 혹은 대통령의 독단적인 권력행사와 자의적인 권력남

44) 독일의 경우, 행정권의 수반이 아닌 국가원수인 대통령에 대한 탄핵소추제도만이 있을 뿐인데도 소추자체에 대하여 권한정지가 곧바로 발생하지 아니하며 다만 권한정지가 가처분의 내용을 이를 뿐이어서 헌정을 변형시키는 점이 최소화된다는 점, 소추의 철회가 의회재적 과반수의 의결로 가능하다는 점에서 탄핵소추의 경우에도 엄격한 법적 요건과 절차를 요구하고 있다(김종철 2004, 12-13).

45) 이에 관한 논의는 정종섭(2006), “탄핵제도와 헌법디자인” 연구논문 참고. 정종섭은 탄핵소추권과 탄핵심판권에 초점을 두고 민주주의 모델, 민주주의와 법치주의 결합 모델 등을 제시하고 있다. 특히 한국은 민주주의와 법치주의 결합 모델 중에서 ‘균형 모델’에 해당한다고 평가하고 있다.

용에 대한 통제가 필요하다는 점에서는 인식을 같이 하고 있다. 그러나 그러한 통제가 전적으로 의회에 주어질 경우 민주적 정당성을 앞세운 입법 권력의 남용 또한 발생할 수 있다. 따라서 이를 방지하기 위해서 헌정주의 원리를 도모하는 사법부와 권한을 배분하는 것이 제도적 장치로 고안된 것이다.

한국의 경우는 국회가 탄핵소추권한을 가지고 있으며, 헌법재판소는 국회가 제출한 탄핵소추안에 대해 탄핵심판에 관한 최종 결정 권한을 가지고 있는 이원적인 구조로 운영되고 있다(헌법 제65조, 제111조, 제113조, 헌법재판소법 제48조~54조). 헌법재판소는 탄핵심판에 필요한 결정정족수를 정하고 있으며(헌법 제113조제1항, 헌법재판소법 제23조제2항), 탄핵소추기관인 국회의 의사에 기속되지 않는 것을 특징으로 한다. 대통령에 대한 탄핵소추는 권한행사의 정지 효력⁴⁶⁾을 가지며, 탄핵심판에 의한 탄핵결정은 파면의 효력을 가지는바 헌법재판소는 대통령에 대한 가장 강력한 통제 수단을 합법적으로 가지고 있다고 해도 과언이 아니다. 이러한 제도적 디자인은 [표 6-1]에서 설명하고 있는 바와 같이 역대 헌법과 함께 변천을 하고 있는데, 현재의 제도는 1987년 제9차 헌법 개정을 통해 마련되었다.

대한민국 헌정사를 살펴보면 초기부터 헌법위원회와 탄핵재판소를 두고 헌법재판이 가능한 규정을 두었지만, 실제로 작동한 적은 없었다. 1987년 헌법 개정 당시 상황에 의하면 법률에 대한 헌법재판제도를 도입하는 데에는 여·야 간의 의견이 일치되었으나, 여당은 가능하면 정치적인 사건은 국회에서 처리되어야 하고 사법부의 심판을 받아 그 신세를 질 필요가 없다고 하면서 위헌법률심사권은 대법원에 주되 정치적인 성격이 강한 정당해산·탄핵·권한쟁의는 독립기관인 헌법위원회에 부여하자고 제안하였다. 그리고 이에 대하여 야당은 헌법위원회를 둘 필요가 없다고 주장하면서도 유럽에 있는 헌법소원제도를 도입한다면 여당 안을 수용하겠

46) 이는 헌법 제65조 제3항에 규정되어 있다. 이 조항은 1948년 제헌헌법에는 없던 규정을 1960년 제3차 개정헌법에서 신설한 것인데, 정확한 입법의도를 확인하기 어렵다. 국회 회의록에는 의원내각제 개헌에 관한 논의만 있고, 이 개정조항에 관한 토론을 한 흔적을 찾아낼 수 없었다(박종보 2004, 110).

다고 하면서 헌법소원제도가 도입되었고 그 결과 헌법재판소가 설립되었다.⁴⁷⁾

[표 6-1] 역대 대한민국 헌법에 명시된 탄핵기관 변천사⁴⁸⁾

	1948~1954년 헌법	1960.6~11월 헌법	1962~1969년 헌법	1972~1980년 헌법	1987년 헌법
탄핵 소추 기관	국회 (단원제)	국회 (양원제)	국회 (단원제)	국회 (단원제)	국회 (단원제)
탄핵 심판 기관	탄핵재판소 ⁴⁹⁾ (재판장부통령 대법관5인+ 국회의원5인)	헌법재판소 (9인의 심판관 -법관 자격 필요, 국회 3인 선출, 대통령 3인 임명, 대법원장 3인 지명)	탄핵심판 위원회 (위원장:대법원장, 대법원판사3인 +국회의원5인) *대법원장을 심판하는 경우 -국회의장이 위원장	헌법위원회 (9인의 위원- 법관 자격 불요, 국회 3인 선출, 대통령 3인 임명, 대법원장 3인 지명)	헌법재판소 (9인의 재판관 -법관 자격 필요, 국회 3인 선출, 대통령 3인 임명, 대법원장 3인 지명)

1948년 헌법에서는 국회에서 탄핵소추를 하고 법원과는 분리된 특별재판기관에서 탄핵심판을 하는 모델을 채택하였다. 1948년 헌법부터 1954년 헌법까지 탄핵심판을 관장한 탄핵재판소와 1962년 헌법부터 1969년 헌법까지 탄핵심판을 관장한 탄핵심판위원회는 국회의원이 구성원으로

47) 1988. 8. 26. 임두빈 전 국회의원 발언(헌법재판소 2008, 137)

48) 해당 표는 정종섭(2006) 논문에서 인용했으나, 표의 제목은 필자가 붙임.

49) 1948년 헌법을 제정할 당시 헌법초안을 마련한 유진오는 당시 법원이 국회를 견제할 권한을 행사할 만큼 신뢰와 권위를 확립하지 못하였고, 일제강점기부터 계속 재직한 상당수의 법관과 행정관들로 인해 사법부 전체가 자숙하고 있는 상황에서 위헌법률심사권을 법원에 주기는 어렵다는 이유로 헌법위원회를 설치할 것을 주장하였다. 결국 1948년 헌법은 헌법위원회 제도를 채택하였고, 탄핵사건을 위한 탄핵재판소를 별도로 설치하였다(유진오 1980, 43-53).

참여하는 형태로 구성되었다. 1960년 헌법과 1987년 헌법이 채택한 헌법재판소는 사법기관으로 구성되었고 재판관도 법관의 자격을 요구하였다. 반면 1972년 헌법과 1980년 헌법이 채택한 헌법위원회는 그 구성원에서 법관의 자격을 요구하지 않았다(정종섭 2006, 160). 1987년 헌법 개정을 통해 출범한 헌법재판소는 1960년 헌법재판소와 구성 방식에서 동일한 형태를 보이고 있다. 다만 1960년에는 국회가 양원제로 운영된 반면, 1987년 이후에는 국회가 단원제로 운영되고 있다는 점에서 차이를 보인다. 1987년 체제에서 헌법재판소가 신설된 배경에는 전두환 前 대통령의 의지가 강하게 작동했다. 대통령 직선제를 개헌하는 것 외에는 헌법재판소 설치에 관심이 없었던 김대중과 김영삼과는 달리 당시 민정당 총재이자 대통령인 전두환은 헌법재판소 신설에 많은 관심을 가지고 적극적인 의견을 개진하였다. 전두환 前 대통령의 개입과 야당인 통일민주당의 헌법소원심판 요구, 그리고 대법원의 위헌법률심사권에 대한 정치적 부담감 등이 복합적으로 작용하면서 현재의 헌법재판소 체제가 등장하게 되었다.⁵⁰⁾

2. 탄핵제도 기존 연구 검토

(1) 기존 연구 및 탄핵제도 쟁점사항

탄핵은 기본적으로 정치과정이다. 대통령 탄핵제도에 참여하는 행위자는 대통령, 국회 그리고 헌법재판소이다. 대통령 탄핵에 관한 다단계 게임에 따르면 대통령은 탄핵과정에서 단순한 탄핵의 대상(subject)이 아닌 하나의 행위자로 상정된다[그림 6-1]. 왜냐하면 대통령은 국회와 헌법재판소의 결정뿐만 아니라 국회에서 탄핵소추가 발의되는 단계에서 혹은 발의된 후 의결되기 이전에 사임을 통해 퇴진을 결정할 수 있기 때문이다. 그리고 탄핵소추가 의결되고 탄핵심판이 진행되는 단계에서도 대통령은 사임을 결정할 수 있다. 그리고 국회뿐만 아니라 헌법재판소가 주

50) 이에 관한 논의는 강원택 연구논문 참고(강원택 2017, 27-30)

요한 행위자로 등장한다. 헌법재판소는 탄핵심판의 마지막 단계에서 인용 혹은 기각 결정을 통해 대통령의 파면 여부를 결정한다. 탄핵소추안 투표 단계를 국회와 대통령간의 갈등관계라고 한다면, 탄핵심판 단계는 대통령과 헌법재판소간의 긴장관계로 볼 수 있다. 대통령은 탄핵심판 결정 직전 단계까지 사임을 표명할 수 있으며, 만일 사임하지 않을 경우 헌법재판소가 내린 최종 결정을 통해 파면 여부가 결정된다.

여기에서는 대통령 탄핵을 연구대상으로 하며, 한국정치사에서 나타난 두 가지 사례를 비교해 봄으로써 탄핵제도가 작동하는 정치적 조건을 규명해 보고, 주요 행위자로 등장하는 헌법재판소의 성격과 역할에 대해 평가해 보고자 한다.

1998년 미국 대통령 클린턴(Bill Clinton)에 대한 탄핵 시도뿐만 아니라 필리핀, 대만, 콜롬비아, 마다가스카르, 러시아, 브라질과 베네수엘라 등 전 세계적으로 대통령에 대한 탄핵이 여러 차례 시도된 바 있다. 이러한 상황이 전 세계적으로 빈번하게 나타나고 있음에도 불구하고 그 동안 정치학에서는 탄핵제도에 대한 연구에 소홀해왔다. 이러한 상황에서 탄핵제도에 관한 정치학적 연구의 필요성을 제기한 바움가트너와 카다(Baumgartner & Kada 2003)의 연구는 의미가 있다 하겠다.⁵¹⁾ 탄핵제도에 관한 기존 연구는 서술적·규범적인 기술에 치중해 왔으며, 연구자들 또한 역사학자와 언론인 혹은 법학자들이 주를 이루었고, 이마저도 미국의 개별적 탄핵 사례의 연구에 국한되어 왔다. 대통령 탄핵에 관한 기존 연구는 비정치적이거나 비체계적인 접근법에 의해서 행해져왔을 뿐만 아니라 대부분의 연구는 미국의 경우로 제한되어 있다(Baumgartner & Kada (ed) 2003, 3-5). 그 동안 탄핵제도에 관한 정치학적 연구가 부실했던 이유는 지난 20세기 동안 미국 외에는 특별한 사례가 없었다는 점, 그리고 대통령제 국가에서 대통령의 힘이 아주 강하거나 혹은 아주 약했

51) 바움가트너와 카다는 탄핵제도를 정치적 과정으로 보고, 미국·필리핀·콜롬비아·마다가스카르·러시아·브라질·베네수엘라 등 각 국가의 사례를 비교 연구하고 있다(Baumgartner & Kada (ed). 2003. *Checking Executive Power: Presidential Impeachment in Comparative Perspective*. Westport, Connecticut.: Praeger).

기 때문에 강한 대통령은 헌정 체제를 억압하는 방식(권위주의 정권)으로, 약한 대통령은 군부 쿠데타와 같은 무력에 의해서 쉽게 제거되는 방식으로 체제가 운영되었다는 점에 기인하고 있다. 그러나 민주화가 진행되면서 군부정권이나 권위주의 체제는 점차 감소하고 민주주의 체제로의 전환이 전 세계적으로 확산되었다. 신생 민주주의 국가들 중 상당수는 대통령제 혹은 분권형 대통령제(semi-presidential system)를 채택했으며, 93개의 민주주의 국가는 헌법에 대통령 탄핵조항과 탄핵을 통한 대통령 퇴임을 명확하게 적시하고 있다. 그 중 2002년을 기준으로 대통령 탄핵을 시도한 국가는 12개 국가이며, 200년 역사상 대통령 탄핵을 두 번 이상 시도한 국가는 미국뿐이었다(Baumgartner & Kada ed. 2003, 137). 서구에 비해 짧은 민주주의 역사를 가지고 있는 한국은 미국에 이어 두 번 이상의 대통령 탄핵을 시도한 국가가 되었다.

탄핵제도는 민주적 정당성과 사법적 정당성 간의 긴장관계를 내포하고 있는바, 탄핵에 대한 정의에서부터 탄핵 절차와 탄핵에 참여하는 기관, 그리고 탄핵을 최종적으로 결정하는 주체가 누가 될 것인가가 그 쟁점 대상이 된다. 탄핵은 탄핵소추와 탄핵심판으로 구분되는데, 탄핵소추는 탄핵을 하기 위한 예비단계이자 정치적 탄핵으로 상정되고 최종결정은 규범적 탄핵인 탄핵심판을 통해 이루어진다는 것이 지배적인 견해이다. 그러나 “국회의 탄핵소추”는 이미 정치적으로 탄핵을 결정한 것과 같기 때문에 이를 탄핵으로 정의해야 한다는 의견도 있다(최한수 2006). 한편 법학 연구자들은 위법행위의 중대성의 개념 및 법리적 해석과 제도적 정비에 초점을 두고 있다(김배원 2007; 김종철 2004; 박종보 2004; 음선필 2004; 정종섭 2006; 차수봉 2016). 한편 정치학에서는 주권과 대표(representation)라는 민주적 가치들 간의 충돌로 해석하는 시각(박명림 2005), 민주주의와 법치주의가 충돌한 결과라는 해석(강정인 2008), 정치발전과 위기라는 양면의 관점으로 보는 견해(배종윤 2014), 그리고 헌법재판소의 탄핵 기각 결정 이후 치러진 제17대 총선에서 그 선거 결과가 어떻게 나타나고 있는지에 등에 대해서 분석하고 있다(윤종빈 2005; 최한수 2006).

대통령 파면결정을 정당화하는 요인으로는 위법행위의 중대성, 헌법수호, 그리고 민주적 정당성이라는 국민적 신임 등이 있다. 헌법재판소는 탄핵심판절차의 본질은 대통령에 의한 헌법침해로부터 헌법을 수호하고 유지하기 위한 제도로 규정하고 있으며, 탄핵제도의 목적은 ‘법위반을 이유로 하는’ 대통령의 파면에 있다고 판단하고 있다. 헌법재판소법 제53조 제1항의 ‘탄핵심판청구가 이유 있는 때’란 모든 법위반의 경우가 아니라, 공직자의 파면을 정당화할 정도로 ‘중대한’ 법위반의 경우를 지칭하고 있다. 그러나 이 ‘중대성’의 범위는 헌법에 구체적으로 적시되지 않고 있기 때문에 중대성의 정의와 범위를 판단하는 문제는 정치적인 논란을 가져오게 된다.

(2) 탄핵절차의 주요 변수

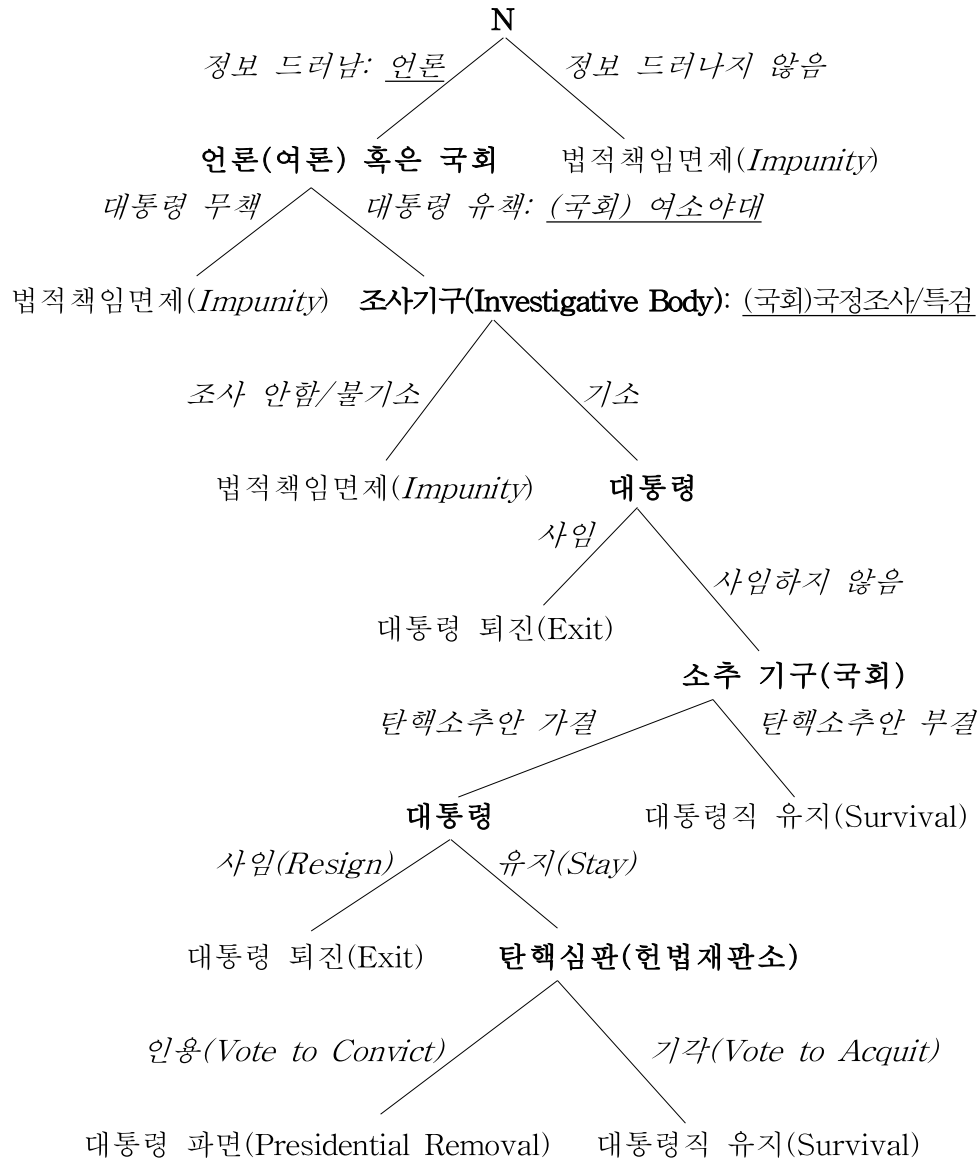
탄핵이 공식적으로 시작되면 세 단계로 진행된다. 탄핵 사유에 대한 조사를 시작으로, 탄핵소추안에 대한 표결이 진행되며, 마지막으로 탄핵에 대한 심판이 최종적으로 내려진다. 탄핵 사유에 대한 조사는 국회 차원의 국정조사와 사법부의 특별검사 등을 통한 조사 등으로 진행된다. 이 단계에서 중요한 것은 탄핵 시도가 공식적으로 시작되었다는 데 있다. 이를 바탕으로 탄핵소추안에 대한 국회 차원의 표결이 그 다음 단계에서 진행된다. 그러나 탄핵소추안이 발의되는데 조사 결과가 완성되어야만 진행되는 것은 아니다. 조사는 탄핵소추안 발의와는 별개로 진행될 수 있으며, 박근혜 前 대통령에 대한 탄핵소추안 역시 특검 조사가 진행되는 가운데 표결 처리되었다. 헌법재판소는 이러한 절차상의 법리적 쟁점에 대해서도 헌법이나 법률상 하자가 없다는 것을 명확히 하고 있다. 헌법재판소는 ‘국회의 의사절차에 헌법이나 법률을 명백히 위반한 흠이 있는 경우가 아니면 국회 의사절차의 자율권은 권력분립의 원칙상 존중되어야 하고, 국회법 제130조 제1항은 탄핵소추의 발의가 있을 때 그 사유 등에 대한 조사 여부를 국회의 재량으로 규정하고 있으므로, 국회가 탄핵소추사유에 대하여 별도의 조사를 하지 않았거나 국정조사결과나 특

별검사의 수사결과를 기다리지 않고 탄핵소추안을 의결하였다고 하여 그 의결이 헌법이나 법률을 위반한 것이라고 볼 수 없다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1)⁵²⁾는 점을 분명히 하고 있다. 그리고 마지막 단계에서는 탄핵심판에 대한 판결로 종결된다. 바움가트너와 카다는 탄핵심판 결과를 법적책임면제(impunity), 대통령직 유지(survival)와 퇴진 혹은 파면(exit) 등의 세 가지로 구분하고 있다(Baumgartner & Kada 2003, 15-17). 법적책임면제(impunity)는 탄핵안에 대한 표결이 이루어지지 않은 경우에 해당한다. 대통령에 대한 조사만 이루어졌을 뿐 그 이상의 단계로 진행되지 않은 경우를 말하는 것이다. 따라서 이 단계는 대통령의 위법성에 대한 논의는 별개로 한다. 대통령직 유지(survival)는 의회 표결 결과 탄핵안이 부결되었거나 또는 탄핵심판 단계에서 기각된 경우 모두를 포함한다. 전자의 경우는 1999년 러시아 엘친 대통령과 1996년 콜롬비아 삼페 대통령의 경우에 해당하며, 후자는 1999년 미국의 클린턴 대통령에 대한 탄핵안이 상원에서 부결된 경우가 해당된다. 퇴진 혹은 파면(exit)은 대통령이 공직에서 파면되거나 임기를 끝마치지 못한 경우를 말한다. 대통령 탄핵소추안은 정치적으로 의회에서 가결되고, 헌법재판소 혹은 상원에서 최종적으로 인용 또는 가결되었을 때 대통령직에서 파면된다. 또는 1974년 미국 닉슨(Richard Nixon) 대통령의 예와 같이 탄핵심판 전 단계에서 사의를 표명하는 것도 파면에 포함된다. 물론 대통령이 사임하는 것은 퇴진(exit) 단계뿐만 아니라 앞선 두 단계 등 어느 단계에서도 일어날 수 있다. 이와 같은 단계를 종합적으로 정리하면 [그림 6-1]과 같다.

52) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1 대통령(노무현) 탄핵심판 결정문
헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1 대통령(박근혜) 탄핵심판 결정문

[그림 6-1] 대통령 탄핵에 관한 다단계 게임⁵³⁾

최초단계 N: 대통령이 잘못을 저지른 것에 관한 정보가 떠돌아다님



53) 바움카트너 외 인용(Baumgartner & Kada 2003, 153) 및 한국 정치상황에 맞게 용어 변경

바움가트너와 카다는 대통령에 대한 탄핵시도의 발단과 결과를 조건 짓는 요인들을 ① 여러 정부 기관들 간의 제도적인 권력균형, ② 탄핵에 관한 헌법과 성문법규정, ③ 정당정치구조, ④ 대통령의 위법 혐의 이전에 가지고 있는 대통령의 인기와 대중성, ⑤ 미디어 환경과 경제적 조건 그리고 국제적 압력 등의 다섯 가지 요인들을 제시하고 있다 (Baumgartner & Kada 2003, 7-13). 이들 요소들 외에 한국 상황에서 논의될 수 있는 사항은 ⑥ 헌법재판소 재판관의 임명과 그 임기가 주요한 변수로 제안될 수 있다.

① 여러 정부 기관들 간의 제도적인 권력균형

기본적으로 대통령 탄핵제도를 이해하기 위해서는 체제 구조와 다양한 정부 기관들 간의 관계에 대한 이해가 선행되어야 한다. 바움가트너와 카다는 체제 구조를 대통령과 의회의 관계에 주목하고, 의회의 상·하원, 헌법재판소와 대법원의 임명구조를 비교하고 있다.

② 탄핵에 관한 헌법과 성문법 규정

의회의 하원이 대통령 탄핵소추안을 발의하고 상원이 심판하는 경우나 혹은 헌법재판소가 심판하는 경우 등 각 나라별로 상이한 법 규정이 존재한다.

③ 정당정치구조

양당제 혹은 다당제의 정당구조, 정당체제의 제도화 여부, 투표 시 정당 규율의 정도, 대통령이 어느 정당과 긴밀한 관계를 가지고 있는지의 여부와 그 강도 등에 관한 이해가 수반되어야 한다.

④ 대통령의 인기와 대중성

인기 있는 대통령을 탄핵하는 것은 정치적으로 부담이 된다. 대통령이 가지고 있는 대중성은 탄핵 과정이 어떻게 진행될지에 영향을 미치게 된다. 이는 탄핵 추진에 대한 여론 추이와 긴밀한 관계가 있다. 대통령이 가지고 있는 대중성은 민주적 정당성뿐만 아니라 반응성 측면에서도 중요한 의미를 지니고 있다.

⑤ 미디어 환경과 경제적 조건 그리고 국제적 압력

언론의 보도 논조와 경제상황에 대한 인식은 탄핵 추진의 명분에 영향을 준다. 1999년 러시아 엘친(Boris Yeltsin) 대통령과 남미 대통령에 대한 탄핵은 언론과 경제상황에 대한 인식이 영향을 준 것으로 나타났다. 국제적 압력 역시 탄핵과정에 영향을 줄 수 있는데, 1996년 콜롬비아 삼페르(Ernesto Samper) 대통령에 대한 탄핵이 시도되었을 때 콜롬비아 국민들은 미국의 개입에 반대한 바 있다(Baumgartner & Kada 2003, 13).

⑥ 헌법재판관 임명방식과 임기

앞에서 제기한 다섯 가지 요인은 바움가트너와 카다가 서구와 남미의 사례를 연구하는데 사용한 지표이다. 이들 요인 역시 한국 사례에 유용하게 활용될 수 있다는 점에서 의미가 있다. 이들 요인들 외에 한국 정치적 맥락에서 한 가지 추가할 사항은 헌법재판소 재판관의 임명방식과 임기 연한이다. 헌법재판소 재판관은 각각 대통령의 임명, 대법원장의 지명, 국회의 선출로 총 9인을 대통령이 임명한다. 대법원장은 대통령이 임명하므로 대법원장이 추천하는 3인의 헌법재판관 역시 대통령과 비슷한 정치적 이념을 가진 인사로 구분된다. 그러나 이념적 성향과 판결 결과

가 반드시 일치한다고 단정 지을 수는 없다. 왜냐하면 그 동안 재판관들의 판결 결과가 출신 배경이나 임명권자의 배경과는 다르게 이념적으로 일관된 성향을 나타내고 있는 것은 아니기 때문이다. 서울대 빅데이터연구원⁵⁴⁾은 박근혜 前 대통령 탄핵심판을 앞두고 2016년 12월 헌법재판소 재판관의 이념 성향을 분석(2014.4~2016.12, 639건 판결문 전수조사)한 결과를 발표한바 있다. 판결 결과를 미루어 볼 때 김이수 재판관만 진보 성향으로 분류되고, 이외 8명은 보수 성향이 강하다는 연구 결과가 나오기도 했다. 따라서 판결 결과는 출신이나 임명 배경보다는 법리적 해석을 통해 정당성을 획득하고 있다고 보는 것이 타당하다.

2004년도 노무현 前 대통령 탄핵심판과는 달리 박근혜 前 대통령 탄핵심판을 판결하는데 주요한 변수로서 제기된 것 중의 하나는 헌법재판소장과 헌법재판관의 임기 연한이었다. 당시 헌법재판소장(박한철 소장, 2017년 1월 31일 퇴임)과 헌법재판관(이정미 재판관, 2017년 3월 13일 퇴임) 등 2명의 퇴임시기가 탄핵판결시점과 맞물려 진행되었기 때문이다. 퇴임한 헌법재판관은 해당 사건에 대한 의견이 반대의 효과로 나타나기 때문에 2017년 3월 13일 이후에 탄핵심판이 지속될 경우 나머지 헌법재판관 7명 중 7명 전원이 참석해야 재판 심리가 열릴 수 있는 조건이 마련되며, 그 중 6명이 찬성해야 탄핵 인용 조건이 충족되는 상황이었다. 2017년 1월 말 퇴임한 박한철 前 헌법재판소장은 이러한 상황을 인식하고 “늦어도 3월 13일까지는 최종 결정이 선고돼야 할 것”⁵⁵⁾이라고 강조하기도 했는데, 이는 7인 재판관 체제로 판결이 진행될 경우 헌법재판소가 부담하게 될 판결 결과와 그로 인한 정치적 압력을 우회적으로 표현한 것으로 이해할 수 있다.

박한철 헌법재판소장이 퇴임한 이후 8인 재판관 체제로 변론(최후변론 포함)이 진행된 것은 총 17차례 중 여덟 차례였다. 이정미 재판관의 퇴임 날짜가 다가오면서 양승태 대법원장은 이정미 재판관 후임을 지명했는데, 이는 대법원장이 후임자를 지명할 의무⁵⁶⁾가 있기 때문이기도 했지

54) 서울대 빅데이터연구원(<http://bdi.snu.ac.kr>)

55) 2017.1.25. 제9차 변론 발언

56) 헌법재판소는 국회가 선출하여 임명된 헌법재판소 재판관 중 공석이 발생

만, 7인으로 운영되는 재판관 체제에 대한 법적·정치적 부담을 완화하기 위한 제도적 장치였다고 해석할 수도 있다.⁵⁷⁾ 실제로 박근혜 前 대통령 변호인은 9인 재판관 체제로 진행되지 않으면 재심 사유가 된다는 주장을 펼치기도 했다. 그러나 헌법재판소는 탄핵인용 결정에서 8인의 재판관으로 재판부가 구성되더라도 탄핵심판을 심리하고 결정하는 데 헌법과 법률상 아무런 문제가 없다는 점을 분명히 하면서 논란의 공백을 채워나갔다.

3. 노무현 대통령과 박근혜 대통령의 탄핵과정 비교

(1) 국회 탄핵소추안 발의

제헌 국회 초기의 국회는 탄핵심판법을 제정하고 탄핵제도를 갖추어 나가는데 주력했다면, 민주화 이후 시기에는 정비된 탄핵제도를 기반으로 탄핵소추안을 직접적으로 실현하는 단계로 한 단계 진화된 모습을 보여주고 있다. 그러나 헌법과 국회법에 명시된 국회의 탄핵소추안은 법 조항으로만 존재할 뿐, 현실적으로 한국정치사에서 제도적 기능을 발휘될 기회는 많지 않았다. 국회는 탄핵소추안이 아니더라도 행정부와 사법부의 임명절차에 제동을 걸 수 있는 인사청문회와 정부가 편성한 예산에 대한 감시 등을 통해 대통령의 권한을 견제할 수 있는 다른 수단의 제도적 장치를 활용할 수 있었기 때문이다. 인사청문회는 해당 인사의 임명

한 경우, 국회는 공정한 헌법재판을 받을 권리의 보장을 위하여 공식인 재판관의 후임자를 선출하여야 할 구체적 작위의무를 부담한다고 판단한 바 있다(헌재 2014. 4. 24. 2012헌마2).

57) 헌법재판소는 “피청구인이 정당한 사유 없이 상당한 기간 내에 공식인 재판관의 후임자를 선출하지 아니한 경우, 전원재판부의 심리 및 결정을 중단할 수도 없는 노릇이어서 재판관이 공식인 상태에서 헌법재판이 이루어질 수밖에 없게 된다. 이러한 상태에서는 심리 및 결정에 재판관 정원인 9인 전원의 견해가 빠짐없이 반영되는 것이 아니게 되므로 헌법재판 청구인들의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다 할 것이다.”라고 판단하고 있다(헌재 2014. 4. 24. 2012헌마2, 판례집 26-1하, 219).

을 앞두고 정책과 능력에 대한 사전 검증은 하는 동시에 집행부 인사권한을 견제하는데 방점을 두고 있다면, 탄핵소추안은 이미 임명된 인사를 사후적으로 검증하고 범위반의 책임을 규명한다는 점에서 운영의 시기와 효과상의 차이가 있다.

제헌 국회 이후 국회가 탄핵소추안을 발의한 것은 총 16건이며, 1987년 헌법 개정 이후로 한정한다고 해도 14건에 이르고 있다. 이는 민주화 이후 간헐적이지만 탄핵제도가 하나의 제도로서 운영되어 왔음을 알 수 있는 대목이기도 하다. 역대 탄핵소추안 발의 및 처리현황은 [표 6-2]와 같다.

[표 6-2] 역대 탄핵소추안 발의 및 처리현황⁵⁸⁾

제안 일자	의결 일자	의안명 및 발의자	발의이유	의결 결과
1985.10.18	1985.10.21	대법원장(유태홍) 에 대한 탄핵소추 에 관한 결의안(박 용만의원 외 101인)	법관인사 불공정 문제	부결
1985.10.21	1985.10.21	대법원장(유태홍) 에 대한 탄핵소추의 건법제사법위원회 회 부에 관한 동의 (류준상의원)	대법원장(유태홍) 에 대한 탄핵소추 에 관한 결의안을 법제사법위원회로 회부하여 조사하 기 위함	부결
1994.12.16	1994.12.19	검찰총장(김도연) 에 대한 탄핵소추 (신기하의원 외 100인)	12·12 군사쿠데타 관련자 불기소, 풀어줬다는 이유	부결

58) 국회 의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr>) 검색 및 재정리

1998.05.26	1999.06.01	검찰총장(김태정)에 대한 탄핵소추(하순봉의원 외 149인)	피의사실 공표와 검찰의 정치적 중립성 훼손, 야당 편파·표적수사	폐기
1999.02.04	1999.04.07	검찰총장(김태정)에 대한 탄핵소추(이부영의원 외 136인)	피의사실 공표와 검찰의 정치적 중립성 훼손, 야당 편파·표적수사	부결
1999.08.26	2000.05.29	검찰총장(박순용)에 대한 탄핵소추(이부영의원 외 131인)	자료제출 거부, 선거사범 불공정 처리	임기 만료 폐기
2000.10.13	2000.11.18	검찰총장(박순용) 탄핵소추(정창화의원 외 132인)	자료제출 거부, 선거사범 불공정 처리	폐기
2000.10.13	2000.11.18	대검찰청차장검사(신승남) 탄핵소추안(정창화의원 외 132인)	선거사범 처리 불공정과 검찰의 정치적 중립 훼손 등의 사유	폐기
2001.12.05	2001.12.09	검찰총장(신승남) 탄핵소추안(이재오의원 외 136인)	선거사범 처리 불공정과 검찰의 정치적 중립 훼손 등의 사유	폐기
2004.03.09	2004.03.12	대통령(노무현) 탄핵소추안(유용태의원 등 2인의 157인)	선거중립 의무 위반	원안 가결
2007.12.10	2007.12.15	검사(최재경)탄핵소추안(김효석의원 외 140인)	BBK 사건 수사 관련, 직권남용·증거조작·사실은폐 등 검찰청법 위반	폐기

2007.12.10	2007.12.15	검사(김기동)탄핵 소추안(김효석의원 외 140인)	BBK 사건 수사 관련, 직권남용·증 거조작·사실은폐 등 검찰청법 위반	폐기
2007.12.10	2007.12.15	검사(김홍일)탄핵 소추안(김효석의원 외 140인)	BBK 사건 수사 관련, 직권남용·증 거조작·사실은폐 등 검찰청법 위반	폐기
2009.11.06	2009.11.12	대법관(신영철) 탄핵소추안(이강 래의원등 4인 외 102인)	촛불집회 재판에 개입, 재판의 독립성 침해	폐기
2015.09.14	2015.10.15	행정자치부장관 (정중섭) 탄핵소 추안(이종걸의원 외 128인)	‘총선승리’ 발언, 헌법 및 공직선거법상 공무원의 중립의무위반	폐기
2016.12.03	2016.12.09	대통령(박근혜) 탄핵소추안(노회 찬의원·우상호의 원·박지원의원 등 171인)	뇌물죄, 직권남용 권리행사 방해 죄 등 헌법질서 훼손	원안 가결

국회가 발의한 탄핵소추안의 대부분은 검찰총장과 대법원장, 그리고 검사 등 사법부를 대상으로 하고 있으며(13건), 대통령과 행정자치부 장관 등 행정부를 대상으로 한 것은 세 건에 불과하다. 전체 16건 중 국회에서 가결 처리되어 헌법재판소의 탄핵심판 대상이 되었던 것은 2004년에 진행되었던 노무현 前 대통령 탄핵소추안과 2016년 박근혜 前 대통령 탄핵소추안 등 단 두 건이었다. 국회 절차상 부결된 것은 4건이며, 임기만료폐기 1건, 나머지 9건은 폐기되었다.

국회에서 발의된 탄핵소추안은 대통령탄핵소추안을 제외하고는 모두 임

명직을 대상으로 실시되었다. 임명직에 대한 탄핵 시도는 1차적으로는 당사자를 대상으로 하지만 궁극적으로 그들을 임명한 대통령에 대한 견제를 의미하는 것이기도 하다. 따라서 탄핵소추안 발의는 국회가 행정부를 견제하는 또 다른 수단이 된다. 그러나 임명직에 대한 탄핵소추안 처리결과는 모두 국회에서 폐기되거나 부결되는 등 정치적 효과가 없었으며, 따라서 제도로서의 실효성 또한 주목을 끌지 못하였다. 반면 대통령 탄핵소추안은 선거에 의해서 민주적 정당성을 부여받은 대통령을 직접 대상으로 했다는 점에서 여타 탄핵소추안과 성격을 달리 한다. 국회에서 대통령탄핵소추안이 발의되기 위해서는 단순히 민주적 정당성만으로 추진되는 것은 아니며, 민주적 정당성을 뒷받침할 수 있는 법률적 정당성이 함께 요청되는 것이고, 이렇게 요구되는 법률적 정당성 또한 또 다른 의미에서의 민주적 정당성을 동시에 충족해야 가능하다. 그러나 헌법이 요구하는 바와 달리, 탄핵을 통해 이익을 취하는 사람들의 주장을 정당화할 수 있는 정쟁의 도구가 될 수도 있다(Sunstein 1999, 711)는 점에서 상당한 주의가 요구된다. 따라서 탄핵은 최초 시도부터 진행 과정, 그리고 그 결과에 이르기까지 민주적 정당성과 정치적 책임성이 동시에 고려되는 고도의 정치 게임이라 할 수 있다.

이하에서는 대통령 탄핵사건을 쟁점별로 비교해 보고 정치적 조건에 대해 검토해 보기로 한다. 대통령 탄핵사건을 쟁점별로 정리하면 다음 [표 6-3]과 같다.

[표 6-3] 대통령 탄핵사건 주요쟁점 비교

	2004년 노무현 대통령 (제1차 탄핵사태)	2016년 박근혜 대통령 (제2차 탄핵사태)
발단	<2004. 3. 3> 중앙선거관리위원회, 노무현 대통령의 방송기자클럽 초청회견에서의 발언에 대해 선거중립 의무 위반 유권해석	<2016. 10. 24> 언론을 통한 청와대 비선실세 보도 -비선조직에 따른 국민 주권 위배, 대통령의 권한 남용, 언론의 자유 침해, 생

		명권 보호 의무 위반, 뇌물 수수 등 형사법 위반 사항
국회 경과사항	<2004. 3. 9> 한나라당, 새천년민주당 주도로 대통령 탄핵소추안 발의 <2004. 3. 12> 탄핵소추안 가결	<2016. 12. 3> 더불어민주당, 국민의당 등 야당 주도 대통령 탄핵소추안 발의 <2016. 12. 9> 탄핵소추안 가결 <2016. 11. 30.~ 2017. 1. 15> 국정조사 ⁵⁹⁾ (7차례 청문회, 구치소 현장청문회 실시) <2016. 12. 21~2017. 2. 28> 특별검사(특검) ⁶⁰⁾ 수사
헌법재판소 경과	<2004. 3. 18> 헌법재판소 첫 평의(4차에 걸쳐 평의, 집중평의) <2004. 3. 30> 헌법재판소 첫 공개변론(7차에 걸쳐 공개변론, 2004. 4. 30 최종변론 포함)	<2016. 12. 12> 헌법재판소 첫 평의(집중평의) <2016. 12. 22> 헌법재판소 첫 준비절차 통해 쟁점 정리(세 차례 준비절차) ⁶¹⁾ <2017. 1. 3> 헌법재판소 첫 공개변론(17차에 걸쳐 공개변론, 2017. 2. 27 최종변론 포함)
헌법재판소 결정	<2004. 5. 14> 헌법재판소 기각 결정 ⁶²⁾	<2017. 3. 10> 헌법재판소 인용결정(재판관 전원일치) ⁶³⁾
여론	탄핵 반대 여론 70.6% ⁶⁴⁾	탄핵 지지 여론 81% -대통령 지지율 4% 역대 최저
정치적 결과 (선거)	열린우리당 제17대 총선에서 과반수 확보(42석에서 152석으로 확대), 단점정부 구성	<2016.12.27.>새누리당 분당(바른정당 창당, 이후 새누리당은 자유한국당으로 당명 변경)으로 원내 4당 체제 등장

		<2017. 5. 9> 2017년 제19대 대통령선거 조기 실시, 더불어민주당 소속 문재인 후보 대통령 당선 ⁶⁵⁾
--	--	---

- 59) 국정조사의 정확한 명칭은 ‘박근혜 정부의 최순실 등 민간인에 의한 국정농단 의혹사건 진상규명을 위한 국정조사특별위원회’이다. 국회법은 탄핵소추의 발의에 피소추자의 성명·직위와 탄핵소추의 사유·증거 기타 조사 상 참고가 될 만한 자료를 제시하여야 한다고 명시하고 있다(국회법 제130조 제3항). 2004년 탄핵소추안 발의는 조사 자료가 불충분한 상태에서 이루어진 반면, 2016년 탄핵소추안은 검찰의 조사 자료 및 국회 차원의 국정조사와 특별검사를 통해 증거 자료를 충분히 확보한 상태에서 진행되었다는 점에서 탄핵 추진의 법적 토대를 마련함과 동시에 국민적 정당성을 획득하는데 상당한 주의를 기울였음을 알 수 있다.
- 60) 정식 명칭은 ‘박근혜 정부의 최순실 등 민간인에 의한 국정농단 의혹 사건 규명을 위한 특별검사’이다. 특검은 2016년 12월 1일부터 20일간의 준비기간을 거쳐, 같은 해 12월 21일 현판식과 함께 국민연금공단과 보건복지부 등 10곳 이상에 대한 압수수색을 시작했고, 한 차례의 구속영장이 기각된 삼성이재용 부회장을 다시 심사해 구속하기도 했다. 특검은 청와대 압수수색과 박근혜 대통령 대면조사를 추진했으나 청와대측의 거부로 추진되지 못하였다. 특검법상 30일에 한해 한 차례 수사기간 연장이 가능하지만, 2017년 2월 27일 황교안 대통령 권한대행은 특검 종료 하루를 앞두고 특검법 연장을 불승인하는 결정을 내렸다. 이로써 특검은 2017년 2월 28일 공식적인 활동을 종료하였다.
- 61) 변론 준비절차는 변론에서의 심리를 집중적이고 효율적으로 행할 수 있도록 하기 위하여 수명재판관의 주재하에 행하여지는 변론의 예행절차이다(헌법재판소법 제40조, 민사소송법 제279조). 헌법재판의 준비절차는 사건이 복잡하여 쟁점과 증거를 미리 정리할 필요가 있는 경우에 활용된다(헌법재판소 2015, 563).
- 62) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1 결정. 헌재판례집16-1, 609면 이하.
- 63) 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1 결정. 헌재판례집28-1.
헌법재판소법에 의거 “심판에 참여한 재판관은 결정서에 의견을 표시하여야 한다(헌법재판소법 제36조 3항).” 2005년 이전에는 헌법재판소법 제36조 3항은 일부 사건에 대해서만 재판관 의견을 표시하도록 하고 있었으나 국회는 이 조항을 개정하였다. 이는 노무현 前 대통령의 탄핵에 관하여 의견을 표시하지 않았던 선례를 기반으로 하고 있다.
- 64) 2004년 당시 탄핵 반대 여론이 많았던 것은 ‘국회의 탄핵 발의와 의결에서 절차적 정당성은 문제가 없었다는 주장이 있을 수 있지만, 탄핵사유의 정당성은 설득력을 확보하지 못했다는 다수 국민들의 생각을 반영하고 있다’(윤종빈 2005, 211)고 평가할 수 있을 것이다.

① 노무현 대통령 탄핵소추안 발의 및 처리(제1차 탄핵사태)

2004년 3월 12일 제246회 국회(임시회) 제2차 본회의에서 유용태·홍사덕 의원 외 157인이 발의한 「대통령(노무현) 탄핵소추안」이 상정되어 재적의원 271인중 193인의 찬성으로 가결되었다. 당시 제1·제2 야당인 한나라당(144석)과 민주당(62석), 그리고 자민련과 무소속의원이 주도하여 재적 271명 중 195명 투표에 찬성 193표(반대 2표)로 처리되었다. 당시 여당이던 열린우리당은 국회 분포 의석이 47석에 불과해 탄핵소추안 가결을 저지할 수 없는 상황이었다. 당시 탄핵소추안이 발의된 시점에는 분점정부 상황이었지만, 탄핵심판 판결이 이루어졌던 시점에는 단점정부로 정부형태가 변화되었다.

② 박근혜 대통령 탄핵소추안 발의 및 처리(제2차 탄핵사태)

박근혜 대통령 탄핵소추안 역시 야당의 주도로 발의되었다. 더불어민주당

65) 문재인 대통령의 소속정당인 더불어민주당은 국회내 120석의 의석을 차지하고 있었다. 더불어민주당은 국회 과반수 의석을 차지하지 못하면서 본회의 표결 시 야당의 협조를 필수적으로 수반하게 되었다. 대통령 선거 기간 중 바른정당 소속 의원 12명은 유승민 대통령후보 지지율이 오르지 않자 본래 탈당했던 자유한국당으로 복당하기를 희망하고 탈당을 선언했다. 2017년 2월 9일 자유한국당 김종태 의원은 선거법 위반으로 의원직을 상실했고, 그 결과 총 국회의원 수는 299명이다. 당시 국회 내 의석수 현황은 다음과 같다(2017년 7월 20일 기준).

교섭단체/선거구		지역구	비례대표	계	비고(%)
더불어민주당		107	13	120	40.13
자유한국당		90	17	107	35.79
국민의당		27	13	40	13.38
바른정당		20	0	20	6.69
비교섭단체	정의당	2	4	6	2.01
	새누리당	1	0	1	0.33
	무소속	5	0	5	1.67
계		252	47	299	100

당(121석)·국민의당(38석)·정의당(6석) 등 야3당과 무소속 의원(6석) 포함 171인의 국회의원은 2016년 12월 3일 「대통령(박근혜) 탄핵소추안」을 발의하였다. 새누리당은 국회 의석 128석(총선 122석 확보+복당 의원 7석 - 1석 탈퇴=128석)을 확보하고 있는데 이마저도 2016년 4월 13일에 치러진 제20대 국회의원 선거에서 공천에서 탈락하고 무소속으로 출마한 국회의원(7명)을 복당시켜서 만든 의석수이다(2016.12.9 기준).

국회는 2016년 12월 9일 박근혜 前 대통령에 대한 탄핵소추안을 통과시켰다. 전체 국회의원 300인 중 299인의 국회의원이 본회의 표결에 참여한 결과 탄핵찬성 234인, 반대 56인, 무효 7인, 기권 2인으로 탄핵소추안이 원안 가결되었다. 국회에서 탄핵소추안이 가결되기 위해서는 국회재적의원 과반수의 발의와 국회재적의원 3분의 2이상의 찬성을 요구(헌법 제65조 제2항)하고 있는바, 발의는 야당 주도로 이루어진 반면 가결은 야당과 새누리당인 여당위원의 일부 협력으로 가결정족수를 충족할 수 있었다. 새누리당은 이른바 친(親)박근혜파와 반(反)박근혜파로 양분되어 내부적인 갈등을 빚고 있었는데, 탄핵소추안을 주도적으로 가결시킨 것은 이른바 비박이라 불리우는 반박근혜파와 일부 친박근혜파 의원들이었다. 탄핵소추안이 헌법재판소의 탄핵심판 대상이 된 이후 새누리당 내부에서는 갈등이 격화되면서 2016년 12월 27일 새누리당의 반박근혜파는 집단 탈당을 했고, 2017년 1월 8일 새로운 보수 정당인 ‘바른정당’(32석)을 창당하기에 이른다. 그 결과 자유한국당(기존 새누리당에서 당명 변경, 95석), 더불어민주당(121석) 그리고 국민의당(38석)과 함께 원내 4당 체제가 새롭게 형성되었다(2017년 2월 10일 기준). 원내 다당체제는 1988년 제13대 총선에서 민주정의당(노태우), 평화민주당(김대중), 통일민주당(김영삼), 신민주공화당(김종필)으로 등장했다가 1990년 ‘3당 합당’으로 사라진지 26년 만에 재등장한 것이다. 이로써 양당체제가 아닌 1여(與)3야(野)라는 ‘거야(巨野)’구조가 한국정치사에 다시금 등장하게 되었다. 이러한 정당 재편은 박근혜 前 대통령 탄핵소추안 표결을 둘러싸고 그 결과 나타났다는 점에서 탄핵의 정치적 결과로 볼 수 있다.

③ 탄핵소추안 발의의 정치적 조건

2004년과 2016년에 각각 추진된 탄핵소추안은 모두 국회에서 원안 가결되었다. 이들 두 사건이 발생할 수 있었던 공통적인 정치적 조건은 여소야대의 정치적 역학관계에 있다. 2004년은 한나라당과 민주당이 수적으로 우세한 야당을 형성했으며, 2016년에는 더불어민주당과 국민의당이 자유한국당(前 새누리당)보다 국회 의석수를 과반수 이상 차지하고 있었다. 그러나 어느 정당도 단독으로 과반수를 확보하지 못했다는 점에서 야당간의 협력도 필수적으로 수반되는 공통점을 보이고 있다. 실제로 박근혜 前 대통령 탄핵소추안을 발의하기 직전 국민의당은 발의를 철회하는 듯한 움직임을 보여 야당간의 공조를 흔들기도 했었다. 비록 국회의석수가 38석(2016.12.9. 기준, 탄핵소추안 발의 시점)에 불과한 국민의당이지만 더불어민주당은 국민의당 협조 없이는 탄핵소추안 발의 정족수를 채울 수 없는 상황이었다.

탄핵이 추진될 수 있는 정치적 요인 중 가장 중요한 요인 중의 하나는 여소야대의 역학관계이다. 탄핵은 분점정부(divided government)일 때 발생하고 있으며, 그러한 점에서 기본적으로 정파적(partisan)인 현상으로 볼 수 있다. 노무현 대통령 탄핵은 탄핵소추안이 발의되었을 때에는 분점정부였지만, 탄핵심판 판결이 내려질 때는 단점정부로 바뀌었다. 분점정부가 탄핵의 필요조건은 아니다. 다만 분점정부 형태일 때 야당의 주도로 탄핵을 추진할 수 있는 정치적 기반이 마련될 수 있다는 점에서 주목할 만하다. 게이(Charles Gardner Geyh, 2006)도 탄핵은 정파적인 현상이라고 주장했다. 그는 탄핵 과정이 사법영역인 것처럼 보이나 실제로는 정치적(political) 현상이라고 주장했다. 그는 탄핵의 어원이 정치적(political) 범죄를 교정하는데서 유래되고 있으며, 유권자를 대표해 정치적 다수에 의해서 해결방법이 모색되는 과정을 거치고, 정파적(partisan)이라는 점에서 정치적이라고 주장하고 있다(Geyh 2006, 116). 제도적인 절차상 탄핵소추안이 발의되고 의결되는 과정은 국회 내에서 정당의 의석수와 밀접한 연관을 맺는다. 비록 분점정부라 하더라도 야당의 의사를

관철시킬 수 있을 정도의 충분한 의석수를 확보한 상태에서 탄핵과정이 추진될 수 있기 때문이다. 노무현 대통령 탄핵소추안은 한나라당과 민주당 양당이 수적 우세를 앞세워 가결시켰다면, 박근혜 대통령 탄핵소추안은 더불어민주당과 국민의당, 그리고 바른정당(前 새누리당 탈당파) 3당간의 치열한 힘겨루기와 수싸움의 결과로 도출된 결과였다. 더불어민주당과 국민의당은 정치적 쟁점에서 이견을 달리 하고 있긴 하지만 정국을 주도할 모멘텀을 가지고 있었으며, 바른정당은 국민적 신뢰를 상실한 대통령과 결별할 합리적 명분을 찾았다는 점에서 3당간의 이해관계가 적절하게 맞아떨어지게 된 것이다.

(2) 헌법재판소 탄핵심판 내용

탄핵소추안에서 탄핵심판 단계로 넘어오게 되면 정파보다는 법리 논쟁이 주를 이루게 된다. 헌법재판소는 원칙적으로 탄핵소추기관인 국회의 탄핵소추의결서에 기재된 소추사유에 의하여 구속을 받는다. 그러나 탄핵소추의결서에서 그 위반을 주장하는 ‘법 규정의 판단’에 관하여 헌법재판소는 원칙적으로 구속을 받지 않기 때문에 청구인이 그 위반을 주장한 법 규정 외에 다른 관련 법 규정에 근거하여 탄핵의 원인이 된 사실관계를 판단할 수 있다. 또한, 헌법재판소는 소추사유의 판단에 있어서 국회의 탄핵소추의결서에서 분류된 소추사유의 체계에 의하여 구속을 받지 않으므로, 소추사유를 어떠한 연관관계에서 법적으로 고려할 것인가의 문제는 전적으로 헌법재판소의 판단영역이라고 해석하고 있다.⁶⁶⁾

헌법재판소 내부에서 사건을 처리하는 과정은 헌법연구관의 조사업무와 헌법재판관의 판결업무로 구성된다. 헌법재판소에 사건이 접수되면 일차적으로 주심재판관이 정해진다. 그리고 내부적으로 기록을 만들어 헌법재판관에게 배당된다. 기록은 헌법연구관에 전달되고, 헌법연구관은 검토 후 보고서(법원의 절차 등 쟁점 정리, 판례 조사, 학설, 외국 입법례 등 검토)를 작성한다. 이 과정에서 헌법연구관은 입법내용에 관해 연구관들

66) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 610.

끼리 내부토론을 거치기도 한다. 이후 재판관 평의가 진행된다. 헌법연구관은 쟁점별 혹은 전속별로 배치되며, 헌법재판관은 헌법연구관에게 법리 검토 등 추가 조사를 요구하기도 한다. 이후 결정문 작성 작업이 진행된다. 헌법연구관은 결정문을 염두에 두고 보고서를 작성하게 되는데, 보고서는 청구인·적법요건·심사기준·공식 등 결정문 논리에 맞게 작성되며 헌법연구관의 자체적 결론도 제시된다. 이후 헌법재판관은 이를 회람하며, 반대의견과 소수의견 등을 제시한다. 이 과정에서 공개변론이 필요한 경우 변론이 진행되는데, 헌법소원심판과 위헌법률심판은 서면심리를 원칙으로 하며, 탄핵심판·정당해산심판·권한쟁의심판은 구두변론을 원칙으로 한다(헌법재판소법 제30조).⁶⁷⁾ 헌법재판소는 대통령직의 파면을 결정할 수 있는 핵심적인 사유로 직무계속수행성 여부와 위법행위의 중대성 등을 가지고 판단을 내리고 있다. 국민에 의하여 직접 선출된 대통령을 파면하는 경우 상당한 정치적 혼란이 발생할 수 있지만 이는 국가공동체가 자유민주적 기본질서를 지키기 위하여 불가피하게 치러야 하는 민주주의 비용으로 이해할 수 있다. 특히 대통령에 대한 파면결정은 국민이 선거를 통하여 대통령에게 부여한 민주적 정당성을 임기 중 박탈하는 것으로서 국정 공백과 정치적 혼란 등 국가적으로 큰 손실을 가져올 뿐만 아니라 정치적 결과에 대한 책임성도 부여되기 때문에 면밀한 주의가 요구된다. 따라서 대통령을 탄핵하기 위해서는 대통령의 헌법과 법률위배 행위가 헌법질서에 미치는 부정적 영향과 해악이 중대하여 대통령을 파면함으로써 얻는 헌법 수호의 이익이 대통령 파면에 따르는 국가적 손실을 압도할 정도로 커야 이를 추진할 동력이 발생한다. 즉, ‘탄핵심판 청구가 이유 있는 경우’란 대통령의 파면을 정당화할 수 있을 정도로 중대한 헌법이나 법률 위배가 있는 때를 말한다.

노무현 대통령에 대한 탄핵심판은 당시 위법행위가 있다 할지라도 직무를 정지했을 때에 초래되는 국정과 헌정질서의 혼란이 더 크다는 이유로 기각 결정이 내려졌다. 헌법재판소는 기자회견에서 특정 정당을 지지하

67) 탄핵심판과 정당해산심판의 경우 헌법연구관 특별팀 T/F가 구성되었으며, 보안상 헌법연구관끼리도 서로 모르게 진행되었다고 한다(헌법연구관 인터뷰, 2017년 4월 20일 실시).

는 발언을 함으로써 선거에서의 ‘공무원의 중립의무’를 위반한 것이라고 판단했다. 또한 중앙선거관리위원회의 선거법 위반결정에 대하여 유감을 표명하고 현행 선거법을 폄하하는 발언을 하고 재신임 국민투표를 제안 함으로써 법치국가이념 및 헌법 제72조에 반하여 대통령의 헌법수호의무를 위반했다고 판단했다. 그러나 헌법 위반의 정도가 대통령을 파면에 이를 정도로 중대한가에 대해서는 그렇지 않다는 판단을 내린 것이다. 이와 같은 판단의 근거는 “직접적 민주적 정당성”을 적극적으로 고려한 결과로 해석할 수 있다. 헌법재판소는 “대통령에 대한 파면결정은, 국민이 선거를 통하여 대통령에게 부여한 ‘민주적 정당성’을 임기 중 다시 박탈하는 효과를 가지며, 직무수행의 단절로 인한 국가적 손실과 국정 공백은 물론이고, 국론의 분열현상 즉, 대통령을 지지하는 국민과 그렇지 않은 국민간의 분열과 반목으로 인한 정치적 혼란을 가져올 수 있다. 따라서 대통령의 경우, 국민의 선거에 의하여 부여받은 ‘직접적 민주적 정당성’ 및 ‘직무수행의 계속성에 관한 공익’의 관점이 파면결정을 함에 있어서 중요한 요소로서 고려되어야 하며, 대통령에 대한 파면효과가 이와 같이 중대하다면, 파면결정을 정당화하는 사유도 이에 상응하는 중대성을 가져야 한다”⁶⁸⁾면서 직접적 민주적 정당성과 직무수행의 계속성에 무게를 두는 판단을 했다.

이를 통해 탄핵여부를 판단함에 있어 대통령직의 헌법적 직위와 중요성을 충분히 고려하여 중대한 범위반사실이 확인되는 경우에만 탄핵할 수 있다는 내재적인 한계를 분명히 한 것은 의회의 탄핵소추권의 남용에 대한 통제의지를 분명히 한 것으로 평가할 수 있다(김종철 2004, 10). 그러나 한편으로는 대통령의 정치적 활동의 한계를 설정하고 그 범위를 제한했다는 점에서 헌법재판소 판단에 비판의 여지는 남아있다. 실질적으로 헌법재판소는 대통령의 정치적 활동에 대한 견제 역할을 했을 뿐 그 범위를 명확하게 제시한 것은 아니었다. 헌법재판소는 결정문에서 “대통령에게 헌법적으로 허용되는 ‘정치적 의견표명’과 허용되지 않는 ‘선거에서의 중립의무 위반행위’ 사이의 경계가 불분명하며, 종래 ‘어떠한 경우에

68) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 655.

선거에서 대통령에게 허용되는 정치적 활동의 한계를 넘은 것인지'에 관한 명확한 법적 해명이 이루어지지 않은 점 등을 감안한다면, 자유민주적 기본질서를 구성하는 '의회제'나 '선거제도'에 대한 적극적인 위반행위에 해당한다고 할 수 없으며, 이에 따라 공선법 위반행위가 헌법질서에 미치는 부정적 영향은 크다고 볼 수 없다"⁶⁹⁾라고 적시하고 있다. 헌법재판소는 대통령에게 주어진 정치적 활동의 반경은 어디까지인지 정확히 제시하지 않은 상태에서 대통령의 위법 여부를 판단했기 때문에 결론적으로 그 위반의 정도가 중대하지 않다는 판단이 내려질 수밖에 없었다고 본다.

한편, 2017년 3월 10일 헌법재판소는 박근혜 前 대통령에 대한 탄핵심판을 인용하고 파면 결정을 내렸다. 박근혜 前 대통령 탄핵심판은 국정공백이 초래할 혼란보다 헌법과 법률에 반하는 법위반 행위의 중대성에 더 큰 비중을 두고 판단되었다. 즉 대통령을 파면함으로써 국민의 신임을 박탈할 때 발생하는 국가적 손실보다 헌법수호의 이익이 더 크다고 인정하고 있는 것이다. '중대한 법위반'을 판단하는 기준으로는 첫째, 탄핵심판 절차가 '공직자의 권력남용으로부터 헌법을 수호'하기 위한 제도라는 관점이고, 둘째는 '파면 결정이 대통령에게 부여된 국민의 신임을 박탈'한다는 관점이다. 박근혜 대통령에 대한 탄핵심판은 헌법 수호와 헌법을 통한 국민신임의 회복을 위한 절차상의 과정으로 이해되어야 한다. 다만 이 절차가 정치적 절차인지 또는 규범적 절차인지에 대해서는 의견이 나뉠 수 있다. 국회는 이를 정치적 절차로 보는 반면, 헌법재판소는 탄핵절차를 규범적 심판절차로 규정하고 있다.⁷⁰⁾ 헌법재판소는 박근혜 대통령 탄핵심판의 주요 쟁점을 비선조직에 따른 인치주의로 국민주권주의와 법치국가원칙 등 위배, 대통령의 권한 남용 행위, 언론의 자유 침해 행위, 생명권 보호 의무 위반 행위, 뇌물수수 등 각종 형사법 위반 행위 등의 다섯 가지로 정리했다. 헌법재판소는 이들 유형 중 비선조직의 국정개입 및 대통령의 권한 남용 행위가 헌법에 위배되는 행위라고 판단했

69) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 657.

70) 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 17.

다. 헌법재판소는 결정문에서 “제1차, 제2차 대국민 담화를 발표하면서 국민에게 사과하였으나, 제기된 의혹과 관련하여 진상 규명에 최대한 협조하겠다고 하고 검찰 조사나 특별검사에 의한 수사도 수용하겠다고 발표하였다. 그러나 검찰이나 특별검사의 조사에 응하지 않았고 청와대에 대한 압수수색도 거부하여 피청구인에 대한 조사는 이루어지지 않았다. 피청구인은 자신의 헌법과 법률 위배행위에 대하여 국민의 신뢰를 회복하고자 하는 노력을 하는 대신 국민을 상대로 진실성 없는 사과를 하고 국민에게 한 약속도 지키지 않았다. 이 사건 소추사유와 관련하여 피청구인의 이러한 언행을 보면 피청구인의 헌법수호의지가 분명하게 드러나지 않는다.”⁷¹⁾라고 적시하고 있다. 헌법재판소는 국민적 신임을 기반으로 하고 있는 대통령이 국민의 신뢰를 회복하기 위한 노력을 성실히 수행하지 않았고, 이러한 태도는 국민적 실망을 넘어서서 헌법을 수호하려는 의지가 부족한 것으로 판단했다.⁷²⁾ 헌법재판소가 국민적 신임의 박탈이라는 결론을 내릴 수 있었던 이유는 탄핵 요구에 대한 국민적 지지가 절대적으로 높았기 때문에 가능했다. 헌법재판소의 국민여론에 대한 반응은 법리적으로 ‘국민의 신뢰,’ ‘헌법수호의지’와 같은 용어 선택에 반영된 것으로 볼 수 있다.

그러나 헌법재판소는 공무원 임면권 남용이나 언론의 자유 침해 그리고 생명권 보호 의무에 대해서는 헌법을 위반한 것으로 보기 어렵다고 결론을 내렸다. 그리고 세월호 참사와 관련하여 직책을 성실히 수행할 의무가 있다는 탄핵소추사유에 대해서도 규범적으로 그 이행이 관철될 수 있는 성격의 의무가 아니기 때문에 판단 대상이 되지 않는다고 보았다. 이와 같은 결론은 노무현 대통령 탄핵심판에서도 같은 이유로 판단의 대상이 되지 않는다고 지적한바 있다.⁷³⁾ 이는 법적용의 통일성과 계속성을

71) 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 48.

72) 이러한 판단에 대해 차동욱은 “대통령 박근혜가 헌법과 법률 위배행위를 했지만, 그것을 인정하고 그러한 행위로 인해 발생한 문제들을 스스로 고치려 노력했다면 파면이라는 결론에 이르지 않는 수도 있었다(차동욱 2017, 6).” 라면서 절차적 위헌에 주목하는 헌법재판소의 전략적 판결을 언급하고 있다.

73) “대통령으로서 ‘직책을 성실히 수행할 의무’를 언급하고 있다. 비록 대통령의 ‘성실한 직책수행의무’는 헌법적 의무에 해당하나, ‘헌법을 수호해야 할 의

유지한 것으로 보인다. 결론적으로 헌법재판소는 대통령의 국가 기밀 문건 유출 등과 같은 반복적인 행위를 통해 비선조직이 국정에 개입할 수 있도록 방치하고, 이를 위해 대통령의 지위와 국가 조직을 동원한 행위가 헌법에 위배된다고 판단했다. 헌법재판소는 국가권력의 사유화로 인한 국정혼란과 그로 인한 국민신뢰의 상실 현상을 헌법수호라는 제도와 절차를 통해서 시정하고자 했다. 이는 헌법의 가치와 질서의 규범적 표준을 설정하고 있다는 점에서 규범적 심판절차 성격이 강한 것으로 이해할 수 있다. 박근혜 탄핵심판 결정문에도 ‘절차’라는 단어가 핵심적으로 많이 사용되고 있는데, 이는 헌법재판소가 절차적 위헌성에 주목하고 규범적 판단을 하는 기관임을 강조하고 있는 것으로 풀이된다. 동시에 절차적 위헌성에 대한 판결은 헌법재판소가 정치적 사안에 개입하지 않는 전략적 출구로 활용될 수 있다. 이러한 전략적 판결은 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 인용 사건에서 확인한 바와 같다.

두 번의 탄핵심판을 통해 양자 모두 헌법 위배 행위가 확인되었음에도 불구하고 한 사건은 기각됨으로써 대통령직이 유지되었고, 다른 사건은 인용 결정이 내려지면서 대통령직에서 파면되었다. 탄핵소추이유는 각기 다르지만 그 법적 판단을 구성하는 논리는 같았는데, 최종적으로 기각과 인용 결정으로 구분된 것이다. 헌법재판소가 서로 다른 결론을 내리게 된 이유는 직접적 민주적 정당성에서 그 단초를 찾을 수 있다. 다시 말해 국민여론을 판단 근거의 지렛대로 활용함으로써 헌법재판소 결론에 정당성을 부여하고 있는 것이다. 직접적 민주적 정당성에 기반한 결론은 탄핵소추안을 의결했던 국회뿐만 아니라 탄핵심판을 최종적으로 판단한 헌법재판소에게 정당성과 책임성을 높이는 효과를 가져오게 된다. 그리고 탄핵절차를 추진했던 국회와 헌법재판소가 정치적 부담과 책임을 분산하는 효과를 보여준 것으로 평가할 수 있다.

무’와는 달리, 규범적으로 그 이행이 관철될 수 있는 성격의 의무가 아니므로, 원칙적으로 사법적 판단의 대상이 될 수 없다고 할 것이다”(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 614).

(3) 민주적 정당성과 여론

국민여론은 직접적 민주적 정당성에 기반하고 있다. 민주적 정당성은 일차적으로 선거와 투표라는 절차적 방법론을 요구하지만, 근본적으로 위임관계에 기반한 국민적 신임이 필수적인 조건으로 작용한다. 대통령에 대한 탄핵을 최초 시도할 때 가장 중요한 동력은 국민여론에 있다고 해도 과언이 아니다. 여기에서 말하는 국민여론은 집단의 선호에 따라 합리적으로 선택된 의사라는 점을 내포하고 있다. 그리고 이렇게 선택된 의사는 공공선에 부합한다는 것을 전제로 한다. 대통령에 대한 국민적 지지율이 높은 상황에서 국회가 탄핵을 시도하는 것은 정치적 부담으로 작용할 뿐만 아니라 정치적 반감을 불러올 수 있다. 그러나 대통령에 대한 지지율이 낮다고 해서 반드시 탄핵이 시도되는 것은 아니다. 탄핵이 시도되기 위한 첫 번째 객관적인 조건은 대통령의 위법 사실에 대한 인지 정도이다. 대통령의 위법행위에 대한 정보는 언론을 통해 대중속으로 흡수된다. 언론을 통해 형성된 여론은 대통령에 대한 국민적 여론의 임계점을 설정하는 기능을 한다. 즉 국민은 언론을 통해 대통령의 위법 사실을 인지할 뿐만 아니라 대통령에 대한 지지를 지속하거나 철회하려는 여론도 형성하게 된다.

여론은 산발적(decentralized)이고 비제도적인 성격을 특징으로 한다. 여론을 하나의 의견으로 수렴하고 제도화 하는 것은 정당 본연의 역할이기도 하다. 그러나 탄핵과정에서 특이한 점은 여론이 정당을 통해 수렴된 것이 아니라, 여론이 정당을 재조직화하고 재편성했다는 점이다. 즉 박근혜 前 대통령 탄핵과정에서 여론은 정당을 통해 가공되지 않은 채 직접적으로 탄핵을 주도해 나갔다. 이와 같은 국민적 여론이 형성되는데 가장 지대한 영향을 미친 것은 언론이었다. 언론과 국민여론이 직접적으로 소통하는 구조 속에서 정당은 주변부로 밀려나는 형상을 보이게 되었다. 주변화 된 정당은 국민여론에 즉각적으로 반응하고 직접적인 소통을 모색하면서 중심부로 이동하기 위해 탄핵 여론을 적극적으로 반영하는 전략을 선택하였다. 그 결과 국회에서 탄핵소추안이 발의되고 가결될 수

있었던 것이다. 특히 박근혜 前 대통령에 대한 탄핵 요구는 국민여론을 통해 촛불집회 형식으로 구체화되었고, 이렇게 수렴된 여론은 직·간접적으로 국회와 헌법재판소에 영향을 주었다.

반응성 지표는 주요 일간지 사실과 헌법재판소 판결문 내용 간의 관련되는 부분을 분석함으로써 헌법재판소가 반응성을 보이고 있다는 것을 증명할 수 있다.

검색기간은 크게 두 시기로 구분된다. 노무현 대통령 탄핵은 탄핵 움직임이 시작되었던 2004년 3월 1일부터 헌법재판소의 탄핵심판 결정이 내려진 2004년 5월 14일에 해당한다. 한편, 박근혜 대통령 탄핵은 최초 언론을 통해 청와대 비선실세가 보도된 2016년 10월 24일부터 헌법재판소 최종 결정이 내려진 2017년 3월 10일로 검색 기간을 구분하고 있다(검색일: 2017. 10. 28~11. 1).

검색 방법은 조선일보, 중앙일보, 동아일보, 한겨레, 경향신문 등 주요 일간지를 대상으로 “대통령 탄핵”이라는 검색어를 입력하여 노무현 대통령 탄핵 관련 총 2,059건, 박근혜 대통령 탄핵 관련 총 10,435건의 언론 기사 중 사실 위주로 그 요지 및 경향을 파악하고 핵심단어(key words)를 추출했다. 이를 바탕으로 헌법재판소 판결문을 분석하여 언론의 논조와 비슷하거나 동일한 핵심단어를 사용하고 있는지 분석하였다.

① 노무현 대통령 탄핵 관련 언론 및 여론 동향

노무현 대통령 탄핵은 “열린우리당이 표를 얻을 수만 있다면 합법적인 모든 것을 다하고 싶다... 국민들이 압도적으로 지지해 줄 것으로 기대한다”는 발언이 사건의 발단이 되었다. 중앙선거관리위원회는 이러한 발언에 대해 선거중립 의무를 지킬 것을 강조했지만 정치적 의사표시의 자유와 선진사회의 대통령론을 주장하면서 갈등이 증폭되었다.

2004년 3월 4일 노무현 대통령의 발언에 대해 민주당이 사과를 하지 않으면 탄핵안을 발의하겠다고면서 탄핵이 본격적으로 등장하기 시작한다. 3월 초순의 논조는 노무현 대통령이 중앙선관위의 경고를 수용하고 자제

해야 한다는 내용이 주를 이루고 있다. 한편으로는 탄핵은 정치공세에 불과하며 선거구 획정 등과 같은 정치 관련법 처리가 더욱 시급하다고 강조하고 있다(오마이뉴스, 2004.3.5.). 노무현 대통령의 선거중립 의무위반이 ‘헌법·법률 위배’에 해당하지만 그 위배의 정도는 상대적으로 약하며 탄핵추진은 지나치다는 반응이 대체적이다. 그러나 조선일보는 탄핵소추 당위를 언급하며 헌정의 위기로 진단하고 있기도 하다(2004.3.6.)

2004년 3월 9일 국회에서 탄핵소추안이 발의된 후 국회의 탄핵안 발의에 대한 강한 비판과 이를 철회해야 한다는 논조가 주를 이루었다. 이 과정에서 탄핵을 정치공세에 이용하는 국회의 행태를 강하게 비판했다. 한편으로는 국회가 탄핵소추안을 철회할 수 있도록 열린우리당도 명분을 만들어 줘야 한다는 절충안을 제시하고 있다.

2004년 3월 11일 노무현 대통령이 탄핵정국에 대한 기자회견을 통해 총선과 재신임을 연계하는 내용을 발표하면서 야당의 탄핵 추진을 국민들의 판단을 통해 평가받겠다는 입장을 천명했다. 이에 대해 언론 사설은 대통령과 야당, 그리고 국민간 정국 상황 인식에 명백한 차이를 보이고 있다며 대통령의 기자회견이 정치 분란의 원인이라고 비판했다.

2004년 3월 12일 국회에서 탄핵소추안이 가결되면서 언론은 탄핵 정국에 대한 깊은 우려와 대통령의 진정성 있는 사과 그리고 야당의 타협안 등을 주문하고 있다. 국회의 탄핵소추안 가결은 다수당의 횡포이자 의회의 폭거라는 비판도 팽배해졌다. 여론조사에서도 드러나듯이 국회의 탄핵소추안 가결은 의회권력의 폭력성을 드러내는 것이며 이는 민심을 제대로 반영하지 못한 행태라고 비판하고 있다. 한편 법조계는 노무현 대통령이 기자회견에서 특정 정당의 지지를 유도하는 언행을 한 것이 법위반이냐는 논란에 대해서는 탄핵사유로는 불충분하다고 지적하기도 했다.

국회에서 탄핵소추안이 가결된 후 헌법재판소의 탄핵심판 결정 시기를 언제로 할 것인가가 관심의 대상이 되었다. 사설의 논조는 불안정한 탄핵정국을 조기에 수습하고 민생을 안정시키기 위해 헌법재판소가 이른 시기에 결론을 내려야 한다고 강조하고 있다. 또한 탄핵사유가 성립되는

지부터 심리하고 어떻게 하면 혼란을 빨리 수습하여 실질적 민주주의를 발전시킬 수 있는가를 고민해야 한다고 강조했다. 그러나 정치적 판단과 법률적 판단은 다를 수 있다는 점을 강조하고 헌법재판소 판결이 나올때 까지 기다려야 한다는 논조가 지배적이었다. 그럼에도 불구하고 현재는 원칙적인 법리해석은 하되 국민이 무엇을 원하고 있는가라는 시대적 법 감정을 읽어야 한다고 강조했다(경향신문, 2004. 3.14). 동시에 탄핵심판은 오직 법의 정신에 따라 엄정하게 재판해야 하며 정치적 고려를 해서 는 안된다고 강조하는 논조도 보이고 있다(경향신문, 2004.3.18.).

국회의 탄핵소추안 가결 이후 각종 여론조사에서 보여 지듯이 야당에 대한 지지율이 급락하고 비난의 여론이 거세지자 한나라당은 대통령의 사과를 전제로 탄핵을 철회할 수 있다는 태도를 보이기도 했다. 이러한 태도에 대해 언론은 탄핵철회를 위한 여·야 회담은 국면전환용에 지나지 않으며 현재의 판결이 나올 때까지 정쟁을 중단해야 한다고 비판했다.

헌법재판소 판결을 앞두고 언론뿐만 아니라 법조계도 적극적인 의견을 개진하고 있었다. 허영 헌법재판소 자문위원은 “헌재는 대통령에게 헌법과 법률에 저촉되는 것을 짚어서 경각심을 주고 탄핵안은 기각함으로써 윈윈(win-win) 할 수 있는 방법을 선택해야 할 것”이라고 발언하기도 했다(프레스센터 외신기자클럽 조찬강연회, 2004. 3. 7). 전국 51개 대학 법학교수 133명은 “법적인 문제라기보다는 민주적 대표성의 두 축인 대통령과 국회의 정치적 대결이라는 의미가 강한 탄핵사건의 성격상 민주적 대표성이 약한 헌법재판소의 사법적 판단에 그 결정을 전적으로 맡기는 것은 적절하지 못하고 위험할 수 있다”는 의견서를 헌재에 제출하기도 했다(2004. 3. 9).

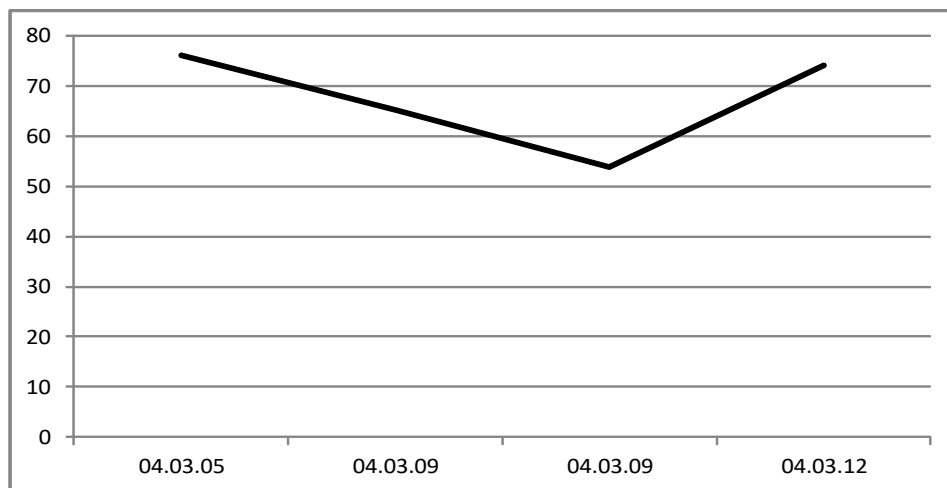
이어서 탄핵민심을 총선에 담아내자는 논조가 나타나기 시작했다(경향신문, 2004. 3.14) 이러한 논조를 반영하듯 2004년 4월 15일 제17대 총선(전국 평균 투표율 59.9%)에서 열린우리당이 과반수 의석을 차지함으로써 탄핵민심을 보여주었다. 16년만의 여대야소 정국이 구성되자 헌법재판소 판결과는 별개로 국회 차원에서 탄핵 문제를 해결하기 위해 여·야 대표 회담을 해야 한다는 논조가 등장하기 시작했다. 그러나 한편으로는

총선 결과로 헌법재판소를 압박하는 것은 옳지 않으며, 총선 민의를 탄핵심판에 어떻게 반영할지는 헌법재판관들의 헌법과 법률, 양심에 따라 판단할 일이라고 강조하기도 했다(동아일보, 2004.4.19.)

이와 같은 사실속에서 추출한 키워드는 “선거개입, 정치공세, 당리당략, 국론분열, 정치혐오, 결자해지, 위헌·위법의 위중, 4·15 총선, 수(數)의 정치, 정치권의 집단이기주의, 국민적 정당성, 국리민복, 헌법수호, 민주주의 수호, 탈정치화, 민주적 대표성, 민주적 정당성, 법치주의” 등이다.

한편 노무현 前 대통령에 탄핵과 관련한 여론조사는 탄핵을 반대하는 의견이 지배적이었다[그림 6-2]. 국회에서 탄핵소추안을 발의했던 2004년 3월 9일에 실시된 여론조사에서는 ‘노대통령에 대한 탄핵 추진을 반대 한다’는 여론이 65.2%, 찬성 여론이 30.9%, ‘탄핵소추안이 국회 통과 될 것’이라는 응답은 21.6%, ‘통과되지 못할 것’이라는 응답은 66.0%, ‘노무현 대통령이 선거 중립의무를 위반했다는 중앙선관위의 결정이 적절했다’는 여론은 52.1%, ‘부적절했다’는 응답율은 35.6%, ‘노 대통령이 국민에게 사과하고 재발 방지를 약속해야 한다’는 응답은 65.2%, ‘야당의 정치적 공세이므로 그럴 필요가 없다’는 응답은 32.9%로 나타났다(2004.3.9. 한국방송·미디어리서치).

[그림 6-2] 노무현 대통령 탄핵반대 여론조사 동향



그리고 국회에서 탄핵소추안을 가결한 3월 12일에 실시한 여론조사에서는 ‘대통령 탄핵안 가결이 잘한 일’이라는 응답은 24.6%, ‘잘못한 일’이라는 답변은 74.9%, 탄핵사유의 정당성을 묻는 물음에는 ‘정당하지 못하다’는 응답은 70.4%, ‘정당하다’는 응답은 27.9%, 탄핵찬반 주장에 대한 공감도에 대한 질문에는 ‘노 대통령이 자초한 실정에 대한 적법한 심판이다’라는 답변이 31.3%, ‘다수당에 의한 권력남용’이라는 응답이 66.1% (2004.3.12. 연합뉴스·월드리서치)로 나타나 탄핵에 반대한 여론이 우세했음을 알 수 있다.

② 박근혜 대통령 탄핵 관련 언론 및 여론 동향

비선실세 의한 국정개입이 드러나면서 박근혜 정권에 대한 신뢰도가 추락했고, 언론 사설에는 국가 운영이 총체적 마비 상태에 빠진 국가 비상사태라는 표현이 등장하기 시작했다. 하야와 탄핵이라는 단어가 등장할 정도로 전국적으로 각계각층에서 비판 여론이 거세지고 있는 가운데, 대통령이 국민 앞에 진정으로 사과하는 모습을 보여야 한다는 논조(동아일보, 2016.10.27.)와 대통령은 일선에서 물러나고 새총리가 중립내각을 이끌어야 한다는 내용도 등장했다(경향신문, 2016.10.27.). 그러나 새누리당의 거국내각 제안은 사태 수습의 책임을 청와대에 넘기고 현 사태에 대한 위기모면용이라는 비판도 제기되었다.

언론에서는 국정 공백 사태를 해결하기 위해서는 박근혜 대통령 스스로 거취를 밝히고 책임지는 모습을 보여야 한다고 강조했다. 이러한 상황에서 박근혜 대통령은 11월 2일 김병준 교수를 국무총리로, 임종룡 금융위원장을 경제부총리로 지명함으로써 인적 개편을 통해 난제를 풀고자 했다. 그러나 근본적인 문제 해결방법이 아니라는 비판이 거세게 일어났으며 주요 사설은 일제히 민심에 반하는 처사라고 강력하게 비판했다. 이러한 비판은 헌법재판소 결정문에 반영되고 있다. 결정문에는 “피청구인은 자신의 헌법과 법률 위배행위에 대하여 국민의 신뢰를 회복하고자 하는 노력을 하는 대신 국민을 상대로 진실성 없는 사과를 하고 국민에게

한 약속도 지키지 않았다. 이 사건 소추사유와 관련하여 피청구인의 이러한 언행을 보면 피청구인의 헌법수호의지가 분명하게 드러나지 않는다.”⁷⁴⁾고 지적하고 있다. 이후 사설은 하야보다는 탄핵 절차에 돌입해 국민의 심판을 받아야 한다는 논조로 바뀌기 시작했다(동아일보·경향신문, 2016.11.4.).

그러나 본격적인 탄핵 논의에 앞서 주요 사설은 거국 중립의 비상 내각을 구성하고 박 대통령은 일선으로 물러나 최소한의 헌법적 의무를 유지하는게 최선이라고 거듭 강조했다. 잇따른 촛불 집회가 더욱 거세지면서 ‘대통령 탄핵’ 요구는 확대되어 갔다. 이러한 분위기를 반영하듯 주요 언론은 국회가 탄핵 절차에 돌입하지 않는 것은 직무유기라며 강하게 비판했다(동아일보, 2016.11.14.). 한편에서는 대통령의 ‘질서 있는 퇴진’ 로드맵을 구상하면서 국회 시스템으로 국정 공백을 해결하기 위한 방법을 찾아야 한다고 주장하고 있다(중앙일보, 2016.11.5.). 동시에 검찰의 대면조사 등 검찰 수사에 적극적으로 협조해야 한다면 박근혜 대통령을 전방위적으로 압박하기도 했다. 한편 박 대통령은 검찰, 특검, 탄핵, 국회 추천총리 등 다양한 수단의 국정수습 경로를 모두 부정하고 국정에 임하는 모습을 보이면서 국민들의 반감을 극대화시켰다. 더불어민주당은 그동안 대통령 하야를 요구하면서도 합법적으로 대통령 퇴진을 이끌어낼 수 있는 탄핵 절차 도입에 소극적이었다. 그러나 더불어민주당이 탄핵 추진을 당론으로 정하자, 언론은 신속히 탄핵 발의를 할 수 있도록 여당과 여론을 설득하는데 정치력을 발휘할 것을 주문했다(동아일보, 2016.11.22.).

국회 차원의 탄핵소추안 발의 논의가 진행되면서 의결 날짜가 가시권에 들어오게 되었다. 이러한 상황에서 중앙일보는 마지막까지 박 대통령의 질서있는 퇴진을 요구하고 있었다. 즉 사법적 조치가 아닌 질서있는 퇴진이라는 정치적 조치로 해소하는 것이 선진적인 방법이라는 것이다(중앙일보, 2016.11.25.; 경향신문 2016.11.28) 새누리당 원내대표인 정진석 의원은 12월 2일이나 9일 탄핵처리하자는 야당 주장을 받아들일 수 없다는 취지의 발언을 하면서 당 내분을 일으키기도 했다. 한편 국회 차원의

74) 현재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 48.

탄핵 발의가 12월 2일로 수렴되면서 박 대통령은 11월 28일 대국민담화를 통해 “대통령 임기 단축을 포함한 진퇴 문제를 국회 결정에 맡기겠다”고 밝혔다. 그러나 이 담화로 인해 탄핵 발의 명분이 더욱 확실해지게 되었지만 국회 내부에서는 여·야간 의견 차이로 12월 9일로 탄핵 발의 일정이 연기되었다. 그런 가운데 새누리당은 ‘4월 퇴진, 6월 대선’을 당론으로 정하면서 대선 준비기간을 확보하기 위한 정치적 의도를 보이기도 했다. 이에 주요 언론은 촛불 민심을 토대로 조속한 탄핵이 진정한 해법이라며 국회의 지리멸렬한 행태를 강하게 비판했다.

언론과 국민여론을 의식해 국회는 2016년 12월 3일 박근혜 대통령 탄핵 소추안을 공동 발의하고 12월 9일 표결하기로 합의했다. 이에 각 언론사는 탄핵안 가결을 위해 대의기관인 국회를 압박하면서 국민 목소리를 담아 헌법에 따른 정치적 절차를 진행하는게 옳다는 의견을 적극적으로 개진하였다.

2016년 12월 9일 국회에서 탄핵소추안이 압도적으로 가결(전체 299명 중 찬성 234명, 반대 56명)되면서 주요 언론은 시민혁명의 위대함을 극찬했다. 동시에 탄핵 이후의 정국 수습이 중요하다는 점을 강조하고 광장의 민의가 제기하는 문제를 헌정질서 안에서 풀어내는 것이 정당과 국회의 임무라고 평가했다.

한편 국회 탄핵소추안이 가결되고 헌법재판소의 탄핵심판 절차가 개시된 가운데 촛불집회는 헌법재판소의 조속한 인용과 황교안 대통령 권한대행 총리의 퇴진을 촉구하는 것으로 방향을 선회하였다. 이러한 움직임에 대해 주요 언론은 현재의 절차적 정당성과 독립적 판결을 보장하는 것이 중요하며, 만일 재판관들에게 심리적 압박을 가할 경우 ‘사법의 정치화’를 초래할 수 있다고 경고하고 있다(중앙일보, 2016.12.16.).

언론은 탄핵심판 과정에서 박근혜 변호인단의 시간 끌기 전략을 비판하고 조속한 결정이 필요하다고 강조했다. 이는 2017년 1월 31일 퇴임하는 박한철 헌법재판소장과 3월 13일 퇴임하는 이정미 재판관의 부재로 7인 체제에 대한 절차적 부담과 심판결과의 왜곡 가능성이 작용할 수 있기 때문이었다. 그러나 한편에서는 탄핵 일정에 개입하는 것은 헌법적 가치

보다 당파적 이익을 추구하는 모양새가 되므로 헌법재판소의 권한을 믿고 기다려야 한다는 의견도 제기되었다.

이와 같은 논조에서 추출한 키워드는 “국정농단, 국정리더십, 위기관리 능력, 권력사유화, 주권 재위임, 대통령 권한남용, 제왕적 대통령, 헌정 질서, 국민주권주의, 정치적 절차와 법적 절차, 개헌, 시민주권, 정치적 책임성, 민주적 질서의 수호, 절차적 공정성, 비전, 설득력, 자기희생, 도덕성, 헌법적 가치” 등이다.

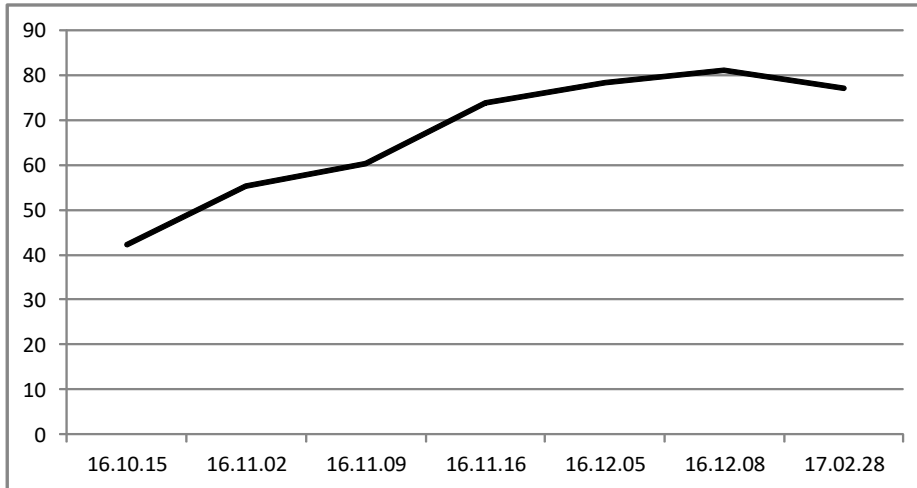
한편 ‘대통령다움’에 대한 기사는 판결문 보충의견에서도 인용된 것으로 풀이된다. 성공하는 대통령의 조건은 대한민국이 처한 상황을 진단하고 미래를 바라볼 수 있는 비전, 국론을 결집할 수 있는 대국민 설득력, 그리고 자기희생과 도덕성에 바탕을 둔 경영 능력 등으로 제시(동아일보, 2017.1.27.)되고 있는데, 이러한 내용은 판결문 보충의견에서도 제안되고 있다. 또한 헌법적 가치를 수호하는 것이 분열된 사회 갈등을 막을 수 있다는 의견도 제시되었는데 판결문 보충의견에서 “보수-진보가 아니라 헌법질서 수호 문제”라고 한 대목도 주목을 끈다.

두 번의 탄핵사건에서 국민여론은 정반대의 방향을 보여주었다. 노무현 대통령 前 대통령에 대한 탄핵은 반대 의견이 다수였다면, 박근혜 前 대통령에 대한 탄핵은 찬성 의견⁷⁵⁾이 지배적이었다[그림 6-3].

75) 국회에 탄핵소추안이 발의된 후 실시된 여론조사에는 탄핵에 찬성하는 응답자는 81%, 반대 14%, 모름·응답 거절은 5%로 나타났으며, 연령별로는 20대 93%, 30대 94%, 40대 92%, 50대 79%, 60대 이상이 54%의 지지를 보이는 등 젊은 세대의 찬성 의견이 뚜렷하게 나타났다(<한국갤럽> 2016년 12월 6~8일 실시. 전국 만 19세 이상 남녀 1012명 휴대전화 RDD방식. 표본오차 95% 신뢰수준, $\pm 3.1\%$ p); 중앙선거여론조사공정심의위원회(<http://www.nesdc.go.kr>). 한편, 탄핵 심판이 진행되고 있는 중에 실시된 여론조사에서는 ‘헌법재판소가 탄핵소추안을 기각해도 박근혜 대통령은 퇴진해야 한다’는 의견이 70.1% 인 것으로 나타났다(2017년 2월 24일~25일 실시. 전국 19세 이상 성인남녀 1047명, 유선전화(22.9%) 무선전화(77.1%) 방식 혼용. 표본오차 95% 신뢰수준, $\pm 3.0\%$ p); 중앙선거여론조사공정심의위원회(<https://www.nesdc.go.kr>)

헌법재판소가 탄핵심판 결과를 내리기 하루 전 실시된 여론조사에서는 ‘헌법재판소가 박 대통령에 대한 탄핵을 인용해야 한다’는 응답이 76.9%, ‘탄핵을 기각해야 한다’는 응답은 20.3%로 나타났다. 이 같은 결과는 2016년 12월 초 여론과 비교했을 때와 비슷한 수치를 보여주는 것이다(<리얼미터> 전국 19세 이상 성인 508명 대상, 무선(14%)·전화면접 및 무선(76%)·유선(10%) 자동응답

[그림 6-3] 박근혜 대통령 탄핵찬성 여론조사 동향



박근혜 대통령 탄핵에 ‘찬성 한다’는 의견이 77%, ‘반대 한다’는 응답은 18%(2017.2.28.~3.2. 한국갤럽)로 나타나는 바와 같이 탄핵 찬성 여론은 헌법재판소가 탄핵심판을 최종적으로 마무리하는 단계까지 이어졌다.

(4) 탄핵심판의 정치적 결과

2004년도 국회에서 탄핵 소추안이 가결된 이후 실시된 제17대 국회의원 선거에서 국민들은 주권을 행사하여 탄핵 소추에 앞장선 정당들의 후보들을 대거 낙선시키고 한나라당(現 자유한국당 + 바른정당)의 다수당 지위를 박탈했다. 역으로 여당인 열린우리당(現 더불어민주당 + 일부 국민의당)은 제17대 총선에서 152석을 확보함으로써 원내 과반수를 확보하는 동시에 단점정부를 구성하게 되었다. 당시 국회의원 선거 투표율⁷⁶⁾은

혼용, 무선전화(90%)와 유선전화(10%) 병행).

76) <역대 국회의원 선거 투표율(출처: 중앙선거관리위원회)>

구분	선거일	투표율
제16대 국회의원 선거	2000년 4월 13일	57.2%
제17대 국회의원 선거	2004년 4월 15일	60.6%

60.6%로 역대 다른 국회의원 선거보다 투표 참여도가 높은 것으로 나타났다. 선거 결과 초선 의원이 63%를 구성하게 되었는데, 이는 기존 정치권에 대한 실망과 정치개혁에 대한 국민들의 의지가 반영된 것으로 볼 수 있다.

한편 박근혜 前 대통령에 대한 탄핵이 헌정사상 처음으로 인용 결정이 내려지게 되면서, 대통령 선거는 2017년 5월 9일 조기에 실시되었다. 제19대 대통령 선거 투표율은 77.2%로 제18대 대통령 선거 투표율(75.8%)보다 상대적으로 높게 나타났다. 더불어민주당 소속 문재인 대통령은 41.1%의 득표율로 당선되었는데, 이는 역대 대통령의 득표율보다 낮은 수치를 보여주고 있다(박근혜 前 대통령 득표율 51.6%, 이명박 48.7%, 노무현 48.9%). 이는 기존 대통령선거에서 보여준 양자 대결 구도가 아닌 정당별 주요 후보자간 5인 체제로 다자 대결 구도가 형성된 상황에서 지지율이 분산되었기 때문이다. 그러나 2위 후보자와의 득표율 격차는 17.1%p로 이전 대통령선거 보다 그 격차가 확연하게 벌어졌음을 알 수 있다(제18대 대선 득표율 격차 3.6%p, 제17대 22.6%p, 제16대 2.3%p). 제17대 대통령선거에서 득표율 격차는 22.6%p로 나타났지만 실제 득표수 차이는 531만7708 표로 집계되었다. 실제로 제19대 대통령선거에서는 문재인 대통령이 2위를 차지한 자유한국당 홍준표 후보보다 557만951표를 더 받으면서 역대 최다 표차로 당선되었다. 대통령 후보 간 다자 경쟁구도 속에서도 2위 후보자보다 많은 득표율을 획득했다는 것은 대통령 탄핵이라는 최후의 방법을 통해 요구되었던 정치개혁과 사회변화의 열망이 국민투표를 통해 반영된 것으로 이해할 수 있다. 이러한 정치적 요구는 대통령선거가 종료된 이후 실시된 정당지지도 여론조사⁷⁷⁾를 통해서

제18대 국회의원 선거	2008년 4월 9일	46.1%
제19대 국회의원 선거	2012년 4월 11일	54.2%
제20대 국회의원 선거	2016년 4월 13일	58.0%

77) 2017년 5월 10일 실시한 정당지지도 여론조사 결과, 더불어민주당 51.2%, 자유한국당 12.2%, 국민의당 9.4%, 정의당 6.7%, 바른정당 5.9%를 보이고 있다[한국사회여론연구소(KSOD), 전국 만 19세 이상 성인 남녀 1044명 대상. 유무선 RDD(무선 81.7%, 유선 18.3%) 전화면접조사 방식, 표본오차 95% 신뢰수준 $\pm 3.0\%$; 중앙선거여론조사심의위원회(<http://www.nesdc.go.kr>)].

도 나타나고 있다. 더불어민주당에 대한 국민적 지지도는 다른 정당보다 압도적으로 높은 지지율을 보이고 있다.

대통령 선거를 통해 더불어민주당은 국회에서 여당의 지위를 획득하게 되었다. 첫 번째 탄핵심판은 국회의원 선거를 통해서 단점정부를 구성했고, 두 번째 탄핵심판은 여소야대의 정치지형이기는 하지만 대통령 소속 정당이 국회에서 여당의 지위를 가지게 되었다. 탄핵심판은 국회의 의석 수 배분과 정당지형을 재편하는 촉매제 역할을 하고 있다. 변화된 국회 지형은 대통령과의 관계, 즉 정부형태도 결정짓게 된다. 이와 같이 탄핵심판제도는 제도 운영 그 이상의 정치적 결과를 초래하고 있다. 이러한 일련의 과정을 살펴보면 탄핵심판을 관장하는 헌법재판소가 헌법 수호 기준을 제시하는 규범적 역할뿐 아니라 직·간접적으로 정치지형을 변화시킬 수 있는 정치적 행위자로 그 범위가 확대되고 있음을 알 수 있다.

(5) 대통령 탄핵절차 요인에 대한 평가

바움가트너와 카다는 대통령에 대한 탄핵시도의 발단과 결과를 조건 짓는 요인들을 여러 정부 기관들 간의 제도적인 권력균형, 탄핵에 관한 헌법과 성문법규정, 정당정치구조, 대통령의 위법 혐의 이전에 가지고 있던 대통령의 인기와 대중성, 미디어 환경과 경제적 조건 그리고 국제적 압력 등의 다섯 가지 조건들을 제시했다. 이러한 조건 외에 한국에서는 헌법재판소 재판관의 임명과 임기가 중요한 요인으로 작동하고 있다.

노무현 前 대통령 탄핵과 박근혜 前 대통령 탄핵이 추진된 것은 모두 성문법인 헌법에 근거를 두고 있다. 즉 탄핵에 관한 성문법 규정은 헌법과 헌법재판소법에 명확하게 규정되어 있다는 점에서 변수로 작동했다고 보기 어렵다. 또한 두 탄핵 사건 모두 국내정치에 기반을 두고 있을 뿐 외부 다른 국가들이 압력을 행사하거나 개입을 하지 않았다는 점에서 이 또한 변수로 상정하기는 어렵다고 본다.

정부 기관들 간의 제도적인 권력균형은 입법부·행정부·사법부간의 권력분립이 어떻게 균형을 이루고 견제를 하고 있는지에 관한 문제로서, 이

는 헌법을 비롯한 성문법에 규정되어 있다. 헌법에는 국회와 관련된 조항이 40~65조, 정부 관련 규정 66조~100조, 그리고 법원 및 헌법재판소 관련 규정이 각각 101~110조, 111조~113조에 명시되어 있다. 탄핵과 관련된 정치 지형은 대통령과 국회의 관계, 즉 단점정부가 아닌 분점정부(divided government)일 때 추진되었음을 알 수 있다. 원내 제1당을 획득하게 되면 과반수 의결로 각종 정책 추진에 동력을 가질 수도 있지만 역으로 제지할 수도 있는 중심추 역할을 하게 된다. 노무현 前 대통령에 대한 탄핵소추안이 발의되었을 때에는 분점정부 상황이었지만, 4.15 총선을 거치면서 여당인 열린우리당이 과반수를 차지하면서 탄핵심판 판결시점에서는 단점정부가 되었다. 박근혜 前 대통령에 대한 탄핵이 추진되었을 때에는 제20대 국회의원 총선거 이후 더불어민주당이 원내 제1당을 차지하고 있는 상황이었다. 그러나 분점정부가 탄핵의 필요조건이라고 단정지을 수는 없다. 왜냐하면 분점정부라고 해도 원내 제1당이 과반수 의석을 차지하지 않는 이상 다른 당과의 협력이 절대적으로 필요하기 때문이다. 노무현 前 대통령에 대한 탄핵소추안은 한나라당과 새천년민주당의 협력으로 국회에서 가결되었다. 박근혜 前 대통령에 대한 탄핵소추안 역시 과거 대통령 소속정당이었던 바른정당 의원들의 참여가 없었다면 가결될 수 없었다. 분점정부 권력지형은 국회에서 탄핵소추안을 시도하기 위한 필요조건으로서 작용할 수 있지만, 충분조건이라고 단정할 수는 없다.

분점정부 형태는 정당정치구조와 깊은 관련을 맺고 있다. 대통령이 소속되어 있는 정당과 국회 원내 제1정당이 서로 다른 상황에서는 국회와 대통령은 상호 긴장관계를 형성하게 된다. 권력분립원리에 따르면 견제와 균형의 역할을 하는 것으로 이해할 수 있는데, 제도적인 권력균형은 단점정부보다 분점정부일 때 극명하게 드러난다. 일반적으로 단점정부인 경우 국회와 대통령은 유기적으로 협조해 법안을 통과시키고 정부예산을 편성·집행한다. 이 과정에서 국회는 대통령의 의지를 적극적으로 반영하게 된다. 그러나 분점정부일 경우, 국회는 대통령에 대한 견제 기능에 더욱 충실하게 된다. 행정부의 수장인 대통령은 국회와의 협조, 정확하게는

야당의 협조가 절실하게 요구된다.

분점정부 상황에서 대통령에 대한 탄핵이 시도될 수 있었던 또 다른 요인은 대통령에 대한 지지율과 밀접한 관련을 맺는다. 노무현 前 대통령에 대한 탄핵이 시도되었을 때 당시 탄핵을 반대하는 여론이 70%를 넘었다. 결국 헌법재판소는 여론과 같은 결정을 내림으로써 대통령의 권한을 재확인해 주었고, 국민여론을 반영함으로써 민주적 정당성을 획득하고 있다. 한편, 대통령의 위법에 대한 혐의가 공식적으로 인정되기 이전인 2016년 후반 박근혜 前 대통령에 대한 지지율은 4% 정도로 추락한 상황이었다. 지지율이 하락하게 된 일차적 요인은 대통령 선거 때 강조했던 경제민주화 정책이 공(空)약으로 끝났다는 국민적 실망감에서 비롯되었으며, 그 결과 빈부격차가 더욱 심화되면서 사회적으로 혼란과 분열이 극심해지게 되었다. 이러한 상황에서 리더십 부재와 소통의 단절, 그리고 비선조직의 국정개입으로 인한 통치 위기를 여러 차례 보여주자 국민들은 대통령에 대한 지지를 철회하기에 이르게 되었다. 이는 앞서 살펴본 바와 같이 국민여론의 향방과 연관되는 문제이다. 국민여론은 언론과도 연결되는데, 특히 박근혜 前 대통령 탄핵은 국민여론과 언론의 직접적인 소통의 결과물이었다고 해도 과언이 아니다. 언론을 통해 대통령의 위법사실이 드러났고, 국민들은 촛불집회를 통해 대통령에 대한 집단적 항의를 지속적으로 보여주었다.

마지막으로 헌법재판관 임기가 재판결과를 앞당기는데 유효한 변수로 작용하였다. 노무현 대통령 탄핵심판은 2004년 3월 12일에 소추되어 2004년 5월 12일에 결정되기까지 박근혜 대통령 탄핵심판과 비슷한 시간이 소요되었다는 점에서 헌법재판관 임기가 변수가 될 수 없다는 반론이 가능하다. 심사 소요 시간을 비교하다면 이러한 반론도 타당할 수 있다. 그러나 적어도 박근혜 대통령 탄핵심판의 경우에는 헌법재판관 임기가 변수로 작동했다는 사실은 부정할 수 없다. 왜냐하면 앞에서 서술한 바와 같이, 2017년 3월 13일 이후 운영될 7인 재판관 체제에 대한 공정성 논란이 지속적으로 제기되었기 때문이다. 이러한 논란은 2017년 1월 말 퇴임한 박한철 헌법재판소장의 발언에서도 확인할 수 있었다. 그러나 헌

법재판관의 임명 주체와 재판관 개인적 성향은 재판 결과에 직접적으로 영향을 주었다고 볼 수는 없다. 대통령·국회·대법원장 등이 각각 3인을 임명, 선출 및 지명하고 대통령이 임명하고 있는바, 통상적으로 대통령과 대법원장, 그리고 국회 여당 몫인 7인은 보수적인 성향을 보일 것이라는 평가를 한다. 그러나 박근혜 前 대통령에 대한 탄핵심판은 8명의 재판관이 전원일치로 탄핵인용 결정을 내렸다. 그리고 보충의견을 통해 제왕적 대통령제의 문제점을 지적한 안창호 재판관은 과거 새누리당이 임명하였다. 또한 보충의견을 통해 대규모 재난과 같은 국가위기상황에서 지도자의 성실한 의무, 즉 작위 의무를 강조한 김이수 재판관과 이진성 재판관은 각각 민주통합당과 양승태 대법원장이 임명하였다. 이와 같은 상황은 헌법재판소 재판관의 임명과 출신성향을 통해 재판결과를 예측하기에는 상관관계가 약하다는 것을 의미한다.

헌법재판소 탄핵심판은 국회의 탄핵소추안 발의에서부터 시작한다. 탄핵소추안 발의와 이후의 진행은 국회상황, 구체적으로는 원내 정당 의석 분포와 정부형태에 따라서 영향을 받는다. 즉 분점정부일 때 탄핵소추안이 발의 및 가결될 수 있는 필요조건이 마련된다. 이렇게 가결된 탄핵소추안은 헌법재판소의 사법심사 대상이 되며, 인용 혹은 기각과 각하 결정을 통해 사건이 종료된다. 두 차례의 탄핵심판은 모두 여소야대, 다시 말해 분점정부라는 정치적 조건이 구비되었을 때 진행되었으며, 그 결과는 여론의 향방과 맥을 같이 하고 있었다. 바움가트너와 카다(Baumgartner & Kada)가 제시한 요인 중 제도적인 권력균형과 정당정치구조는 정치과정의 측면에서 설명될 수 있고, 대통령의 인기와 대중성은 모두 여론으로 볼 수 있다. 그리고 노무현 前 대통령과는 달리 박근혜 前 대통령에 대한 탄핵심판에서는 헌법재판관의 임기가 사건 심리에 영향을 주었다는 점도 한국적 상황에서 특이한 점으로 지적될 수 있다.

4. 민주적 정당성의 획득

헌법재판소는 헌법 절차를 강조하고 있을 뿐만 아니라 민주적 정당성

도 동시에 획득하고 있다. 절차 없는 정당성은 정당성의 존립 근거를 상실한다는 점에서 절차와 정당성 모두 설득력을 잃게 될 것이며, 정당성 없는 절차는 법 만능주의를 가져와 궁극적으로 절차조차 설득력을 상실하게 될 것이다.

헌법재판소가 정치과정에서 정치행위자로 등장했다는 것은 주지의 사실이다. 두 번의 탄핵심판을 통해 각기 다른 결과를 도출하면서 헌법재판소는 정치과정의 중요한 행위자로 부각되었다. 첫 번째 탄핵심판은 국회의 우월한 지위 남용을 제한하고 법익형량의 원칙을 확인한 사건으로 정리할 수 있다. 이를 통해 헌법재판소는 절차적 행위자로서 그 정당성을 획득하게 된다. 두 번째 탄핵심판은 대통령은 헌법과 법률에 따라 국가를 운영해야 하며, 대통령이 헌법이나 법률을 중대하게 위반하는 경우 국민적 신임을 박탈할 수 있다는 것을 확인해 주었다. 이러한 결정은 절차와 규범을 강조하는 헌법재판소의 기능에 덧붙여 민주적 정당성까지 확대할 수 있는 토대를 마련한 것으로 볼 수 있다.

(1) 절차와 규범의 강조

대통령의 파면 여부는 헌법과 법률의 중대한 위반으로 그 요건이 충족되어야 한다(Sunstein 1999, 707). 헌법재판소는 “자유민주적 기본질서에 대한 위협, 법치국가원리와 민주국가원리에 대한 적극적 위반 행위”는 중대한 위법에 해당한다는 것을 노무현 前 대통령 탄핵심판에서 강조한 바 있다. 박근혜 前 대통령 탄핵심판에서도 헌법재판소는 국민으로부터 위임받은 권한을 사적인 용도로 남용하고 대통령의 지위를 이용하거나 국가의 기관과 조직을 동원하여 사적 이익을 추구한 것은 중대한 범위만 사항이 된다는 것을 강조했다. 민주적 정당성에 기초한 대통령이라 할지라도 헌법과 법률에 의하지 아니한 자의적 권력행사는 제어될 수 있고, 그 구체적인 방식은 국민적 신임을 기반으로 한 법의 지배에 있다. 법의 지배는 무엇보다도 절차의 공정성에 기반하고 있다.

헌법재판소가 절차적 행위자로 부각된 것은 노무현 前 대통령에 대한

탄핵심판을 통해서였다. 그러나 한편에서는 대통령으로서 보장되어야 할 정치적 행위를 위법으로 판단했다는 지적과 ‘제왕적 사법부’라는 용어가 생길 정도로 헌법재판소의 역할에 강하게 비판을 제기하기도 했다(최장집 2005). 탄핵심판에 대한 절차는 국회 내의 탄핵소추안 의결 절차와 이를 심판하는 헌법재판소 내의 절차로 구분된다. 탄핵심판 진행과정에서 문제로 지적된 것은 국회 탄핵소추안 의결 절차의 공정성에 관한 부분이었다. 이에 대해 헌법재판소는 국회 내 의사절차의 자율성을 존중하는 입장을 취하고 있다. 두 번의 탄핵심판에서 헌법재판소는 “국회의 의사절차에 헌법이나 법률을 명백히 위반한 흠이 있는 경우가 아니면 국회의 의사절차의 자율권은 권력분립의 원칙상 존중되어야 하고, 국회법 제130조 제1항은 탄핵소추의 발의가 있을 때 그 사유 등에 대한 조사 여부를 국회의 재량으로 규정하고 있으므로, 국회가 탄핵소추사유에 대하여 별도의 조사를 하지 않았다거나 국정조사결과나 특별검사의 수사결과를 기다리지 않고 탄핵소추안을 의결하였다고 하여 그 의결이 헌법이나 법률을 위반한 것이라고 볼 수 없다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1)”고 명시하고 있다. 한편 국회 본회의장에서 탄핵소추안 의결 시 토론 없이 진행된 사항에 대해서도, “탄핵소추의 중대성에 비추어 소추의결을 하기 전에 충분한 찬반토론을 거치는 것이 바람직하다. 그러나 국회법에 탄핵소추안에 대하여 표결 전에 반드시 토론을 거쳐야 한다는 명문 규정은 없다(헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1)”는 점을 명확히 밝히고, 국회 내부 절차의 자율성과 독립성을 확인하고 있다.

헌법재판소는 국회 의사절차의 위법성을 판단하고 있지만, 그 정도가 법을 위반할 정도로 중대하지 않다면 국회 의사절차의 자율성을 최대한 존중하고 있다.

(2) 민주적 정당성에 기반한 대통령 권력 견제

첫 번째 탄핵심판은 헌법재판소가 국회 권력을 견제하면서 절차적 정당성을 천명하고 있다면, 두 번째 탄핵심판은 대통령의 권력을 견제하고

국민위임의 원리를 천명하면서 민주적 정당성과 반응성을 획득하고 있다고 볼 수 있다.

2004년 국회에서 통과된 노무현 前 대통령에 대한 탄핵소추안은 이를 반대하는 국민여론을 뒤로 하고 정치적 정쟁의 수단으로 변질되었다. 당시 탄핵 소추에 앞장 선 야당의 지도부가 행한 ‘대통령이 사과를 하면 탄핵 소추를 철회하겠다’는 식의 발언(사실상 탄핵을 추진할 정도로 법 위반이 아니었다는 것을 자인한 언행), 총선을 앞두고 탄핵 소추에 대한 국민적 반발이 거세지자 탄핵 소추 후 야당 내에서 나온 탄핵 철회 논란, 야당 내에서 탄핵을 추진한 핵심세력들을 배제시킨 조치 등에서도 여실히 확인되었다(박명림 2005, 266-267). 이에 헌법재판소는 탄핵심판 기각 결정을 통해 탄핵소추제도의 정치적 남용을 경고함으로써 탄핵제도가 정쟁의 수단으로 변질되는 것을 막았을 뿐만 아니라, 중대한 법 위반의 기준을 확립하였다.

이러한 정치적·법적 경험은 박근혜 前 대통령에 대한 탄핵 결정에 중요한 근거로 작동했다. 헌법재판소는 대통령의 공무상기밀행위, 그리고 국가공무원법 위반행위는 중대한 위법행위로 간주했고 이는 국민신임을 배반한 것으로 판단했다. 법익형량의 원칙, 즉 대통령의 사소한 법 위반 행위로 파면을 하게 되면 헌정질서의 혼란 등 국가적 손실이 크다는 이전의 헌법재판소 판단과는 달리, 박근혜 前 대통령의 위법행위로 인한 파면은 헌정질서의 혼란이 초래할 위기보다 더 크고 중대한 문제라고 판단했다. 이러한 헌법재판소의 판단은 다수 국민들의 절대적 지지를 받았으며, 헌법재판소는 절차적 정당성뿐만 아니라 실질적-내용적 의미에서 민주적 정당성까지 동시에 확보하게 되었다.

한편, 헌법재판소는 박근혜 前 대통령에 대한 탄핵인용 결정문에서 중요한 정치적 화두를 제시하고 있다. 첫 번째는 대통령의 조건을 묘사하고 있는데, 대통령은 국민전체에 대한 봉사자로서 투명하게 공무를 수행하고, 헌법수호에 대한 의지가 반드시 있어야 한다고 강조하고 있다. 그리고 보충의견에서 대규모 재난과 같은 국가위기상황에서 지도자의 작위에 대한 의무, 즉 대통령의 리더십을 강조하고 있다. 헌법재판소는 “국민

의 생명과 안전을 보호하여야할 구체적인 작위의무가 발생하였음에도 자신의 직무를 성실히 수행하지 않았으므로, 헌법 제69조 및 국가공무원법 제56조에 따라 대통령에게 구체적으로 부여된 성실한 직책수행의무를 위반한 경우에 해당한다. 국민이 국정 최고책임자의 지도력을 가장 필요로 하는 순간은 국가 구조가 원활하게 돌아가는 전형적이고 일상적인 상황이 아니라, 전쟁이나 대규모 재난 등 국가위기가 발생하여 그 상황이 예측할 수 없는 방향으로 급격하게 흘러가고, 이를 통제·관리해야 할 국가 구조가 제대로 작동하지 않을 때”⁷⁸⁾라는 점을 적시하고 있다. 이는 이전 대통령에 대한 비판과 차기 선출될 대통령에 대한 이념형을 제안하고 있는 것으로 해석할 수 있다. 둘째, 탄핵인용 결정문 보충의견을 통해 정치적 폐습을 청산하고 제왕적 대통령제(imperial presidency)의 문제점을 개선해야 한다고 주장하고 있다. 헌법재판소는 “대통령의 ‘직책을 성실히 수행할 의무’는 헌법적 의무에 해당하지만, ‘헌법을 수호해야 할 의무’와는 달리 규범적으로 그 이행이 관철될 수 있는 성격의 의무가 아니므로 원칙적으로 사법적 판단의 대상이 되기는 어렵다”⁷⁹⁾는 점을 확인하고 있다. 헌법재판소는 이러한 문제를 대통령제의 한계에서 기인하는 것으로 보고 있는데, “대통령 단임제를 채택한 현행 헌법 하에서 대통령은 법적으로 뿐만 아니라 정치적으로도 국민에 대하여 직접적으로는 책임을 질 방법이 없고, 다만 대통령의 성실한 직책수행 여부가 간접적으로 그가 소속된 정당에 대하여 정치적 반사이익 또는 불이익을 가져다 줄 수 있을 뿐이다”⁸⁰⁾라고 하면서 대통령제를 비판하고 있다. 안창호 재판관은 대통령에게 법률안제출권과 예산편성·제출권, 광범위한 행정입법권 등 그 권한이 집중되어 있지만, 이에 대한 효과적인 견제장치가 없거나 제대로 작동하지 않기 때문에 정치적 폐습이 재생산되고 있다고 지적한다. 따라서 이를 해결하기 위해서는 권력공유형 분권제, 즉 지방의 자율·책임을 강조하는 지방분권원리와 대의민주주의의 한계를 보완하는 직접민주주의원리를 강화한 현대적 분권국가가 추진되어야 한다고 주장하고 있

78) 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 71.

79) 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 53.

80) 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 53.

다. 이어서 이를 실현하기 위한 구체적인 정부형태는 의원집정부제, 의원 내각제 또는 책임총리제 등이 대안이 될 수 있다고 제안하고 있다. 한편 국회는 양원제를 도입해야 하며, 국가정보원장·검찰총장·경찰청장·국세청장 등의 임명 시 국회 동의를 필요하다는 의견을 제시하고 있다.⁸¹⁾ 이는 헌법재판소가 국회에서 추진되고 있는 개헌 논의에 정당성을 부여하고, 의제를 설정(*agenda-setting*)하고 있는 것으로 볼 수 있다. 헌법재판소의 제안이 국회가 가지고 있는 결정권에 구속력을 행사할 수 있느냐는 또 다른 문제이기도 하다. 헌법재판소의 구속력에 관한 문제는 특히 국회의 입법권과 관련하여 제기되는 사항이다. 헌법재판소가 최종적으로 판단을 내리게 된 경위와 그 배경이 반드시 국회가 제·개정하는 법률에 그대로 반영되어야 하는 것은 아니며⁸²⁾, 설사 헌법재판소가 제안한 내용이 국회에 그대로 투영된다고 해서 그 과정이나 결과가 반드시 정당성을 담보하는 것도 아니다. 다만 탄핵심판과 관련하여 헌법재판소는 국민여론에 영향을 미칠 수 있을 정도로 공개적인 행태를 보이고 있다는 점에서 적극성을 띠다고 볼 수 있다.

민주적 정당성은 선거를 통한 다수의 지배가 통치권을 획득하는 것이 정당하다는 것을 의미한다. 국회와 대통령은 선거를 통해 선출되지만, 헌법재판소는 임명에 의해서 구성된다. 따라서 국회나 대통령과는 달리 헌법재판소는 민주적 정당성이 결여되어 있다는 비판을 받게 된다. 특히 헌법재판소가 국회의 결정이나 행정부의 입장에 반대되는 판단을 내리게 되면 민주적 정당성에 대한 비판은 더욱 거세진다. 국회에서 선출되어 대통령이 임명하는 3인과 대통령이 직접 임명하는 3인은 대법원장이 지명하여 임명되는 3인과 달리 어느 정도 민주적 대표성을 가진다고 볼 수 있다. 왜냐하면 대통령과 국회의원은 선거과정을 통해 대표성을 획득하고 있기 때문이다. 한편 대법원장은 헌법재판관과 같이 선거가 아닌 임명절차를 통해 충원된다. 이러한 제도적 한계를 보완하기 위해 2005년

81) 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 75-79.

82) 헌법재판소가 요구하고 있는 법률개선촉구가 반드시 구속력을 가지는 것은 아니며 국회도 개선의무가 반드시 생기는 것은 아니라는 판례가 제시된바 있다(헌재 1997. 3. 27. 95헌가14).

헌법재판소법이 개정되었다. 즉 기존의 검증 대상이었던 국회 선출 3인과 대통령이 임명하는 헌법재판소장 외에 인사 검증을 하지 않았던 대법원장이 지명하는 3인과 대통령이 임명하는 2인에 대하여도 국회의 인사청문을 거치도록 관련 조항이 개정되었다(헌법재판소법 제6조 제2항). 헌법재판소 조직 구성원에 대한 임명절차는 크게 두 가지 방향에서 민주적 정당성에 기반하고 있다. 국회에서 실시하는 인사청문회는 해당 후보자를 검증하는 일차적 기능을 하기도 하지만, 국회와 대통령간의 정치권력 지형에 따라 대통령의 권한을 제한하고 견제하는 역할도 담당한다. 일례로 김이수 헌법재판소장 후보자 임명동의안 국회 본회의 부결(2017년 9월 11일)은 다당제와 여소야대가 조합된 제20대 국회의 권력지형을 반영하고 있는 것이다. 이는 헌법재판소장 후보자가 아닌 국회 차원에서 대통령을 향한 권력 견제를 의미한다고 볼 수 있다. 따라서 인적-조직적 정당성은 헌법재판소 그 자체의 제도적 정당성뿐만 아니라 이를 임명하는 대통령에 대한 민주적 정당성까지 포괄하는 개념으로 종합적으로 이해할 필요가 있다.

5. 소결: 사법자제 판결을 통한 반응성과 정당성 확대

헌법재판소는 탄핵과정을 통해 국회와 대통령 그리고 국민여론과의 관계에서 전략적 판단을 통해 반응성과 정당성을 확대하고 있다. 정치적 책임을 분산하기 위한 의도로 제기된 헌법소송에 대해서 헌법재판소는 사법자제 판결을 내림으로써 제도적 정당성을 확장하고 있는 것이다.

두 번의 탄핵심판을 통해 양자 모두 헌법 위배 행위가 확인되었음에도 불구하고 한 사건은 기각됨으로써 대통령직이 유지되었고, 다른 사건은 인용 결정이 내려지면서 대통령직에서 파면되었다. 탄핵소추이유는 각기 다르지만 그 법적 판단을 구성하는 논리는 같았는데, 최종적으로 기각과 인용 결정으로 구분된 것이다. 여기에서 중요한 것은 그 결론에 관계없이 두 사건 모두 사법자제 판결로 볼 수 있다는 점이다. 왜냐하면 노무현 대통령 탄핵사태의 경우 헌법에 위배된 사항이 발견된다면 인용 결정

을 내리는 것이 마땅하다. 그러나 4·15 총선과 국민여론을 발판삼아 헌법재판소는 법 위반의 중대성이 심각하지 않다는 이유로 기각 결정을 내렸다. 박근혜 대통령 탄핵은 다섯 가지 이유 중 비선조직의 국정개입 부분만 헌법 위반 사항으로 확인했을 뿐 나머지 사안에 대해서는 탄핵소추 사유가 되지 않거나 헌법과 법률의 위반 사항이 아니라고 판단했다. 이러한 결론이 도출된 법리 해석은 전적으로 헌법재판소의 고유한 영역이지만 여러 가지 이유 중 한 가지만 탄핵 사유가 된다고 판단한 것은 전략적인 사법자제 판결로 볼 수 있다.

헌법재판소가 두 번의 탄핵심판에서 서로 다른 결론을 내리게 된 이유는 직접적 민주적 정당에서 그 단초를 찾을 있다. 헌법재판소는 국민여론을 판단 근거의 지렛대로 활용함으로써 판결 결과에 제도적·내용적 정당성을 부여하고 있다. 직접적 민주적 정당성에 기반한 결론은 탄핵소추안을 의결했던 국회뿐만 아니라 탄핵심판을 최종적으로 판단한 헌법재판소에게 정당성과 책임성을 극대화하는 결과를 가져왔다. 그리고 탄핵절차를 추진했던 국회와 헌법재판소는 정치적 부담과 책임을 분산하는 정치적 효과를 가져왔다고 평가할 수 있다.

제7장 결 론

1. 헌법소송의 정치적 동기 유형화 평가

본 논문의 핵심 주제는 ‘정치의 사법화’로 분류할 수 있는 헌법소송들에서 소송을 제기하는 원고들이 정치 분쟁을 헌법재판소로 가지고 가게 되는 원인을 그들의 정치적 무능력으로 단정 지을 수 없다는 점을 논증하는데 있다. 예를 들어 국회가 원고인 사건에서 헌법소송을 제기하는 이유가 국회가 해결하지 못한 사건을 사법심사를 통해 해결하고 있다면 이는 입법의 사법심사 현상에 해당할 것이다. 그러나 만일 국회가 원고인 사건에서 헌법소송을 제기하는 이유가 다른 정치적 이유가 있다면 이를 두고 입법의 사법심사 현상에 대해서 무조건 비판을 할 수는 없을 것이다. 이러한 문제의식에 착안해 헌법소송을 제기하는 정치적 동기를 유형화하고 이러한 원인에 의해서 제기되는 소송에 대해 헌법재판소가 어떠한 판결을 내리고 있는지 살펴보면 양자 간에 의미있는 결과가 나올 수 있을 것이라는 가정에서 본 연구가 시작되었다. 즉 소송을 제기하는 원고의 무능력이 원인이라면 헌법재판소는 적극적인 사법심사를 통해 해결방식을 제시하는 이른바, 사법적극주의 판결을 제시할 것이다. 반대로 원고의 무능력이 원인이 아닌 다른 이유가 있다면, 헌법재판소는 사법적 해결방식을 소극적으로 제안하는, 다시 말해 사법자제 판결을 보일 것이다.

이러한 가설에 대해 정치적 동기와 상관없이 헌법재판소에 사건의 판단을 의뢰한 행위 그 자체가 원고의 무능력을 보여주는 것이라는 반론이 제기될 수 있다. 일반적으로 선거를 통해 선출되지 않는 헌법재판소가 선거를 통해 구성된 국회의 결정을 위헌으로 판단하는 것은 헌법재판소가 법적 판단의 범위를 넘어서는 것이라고 비판한다. 역으로 국회가 해결해야 할 정치적 사안을 사법심사 대상으로 전환하는 것 또한 국회의 직무유기라고 비판한다.

사법심사를 의뢰하는 이유는 청구인과 피청구인 간의 다툼이 있는 부분을 헌법적 해석을 통해 해결방법을 찾으려는 것이다. 헌법재판소가 관장하고 있는 심판 유형은 헌법과 헌법재판소법에 명시되어 있으며, 국회법에도 관련 조항을 통해 헌법재판소에 소송을 제기할 수 있는 절차가 마련되어 있다. 만일 원고, 특히 국회가 헌법재판소에 사건의 판단을 의뢰하는 행위 그 자체가 문제가 된다면 애초에 국회가 헌법재판소의 판단을 구할 수 있다는 법적 조항도 만들어지지 않았어야 했다. 국회는 사법심사 조항을 절차상 활용할 수 있는 청구인 혹은 피청구인이 될 수 있다. 따라서 사법심사를 의뢰한 행위 그 자체를 비판하기 보다는 어떠한 이유에 의해서 헌법소송이 제기되었고, 헌법재판소는 헌법소송의 유형에 따라 어떠한 판단을 하고 있는지 판결문을 통해 그 맥락을 살펴보는 것이 보다 분석적인 접근 방식이라고 할 수 있다.

이에 본 연구는 먼저 헌법소송을 제기하는 정치적 동기를 유형화하는 작업을 시도했다. 그 유형은 (1) 국회 내 협상 과정에서 문제 제기를 충분히 할 수 없는 경우, 즉 협상 절차는 존재하지만 이를 제대로 활용할 수 없는 경우, (2) 다수결 원리의 횡포로 상대적으로 소외받은 집단이 절차의 불공평성을 문제 제기하는 경우, (3) 다수결 원리와 국민여론 간의 불일치에서 비롯된 경우, (4) 정치국면 전환과 정권의 정통성을 도모하기 위한 경우, (5) 헌법재판소와 정치적 책임을 분산하기 위해서 헌법소송이 제기되는 경우 등 다섯 가지의 정치적 동기로 범주화하고 있다.

국회 내 협상 과정에서 문제 제기를 충분히 할 수 없는 경우에 해당하는 사례는 청탁금지법 합헌 판결, 국회선진화법 각하 판결, 공직선거법 헌법불합치 판결 사건이다. 청탁금지법과 공직선거법 등의 위헌 소송은 청구인의 기본권 침해를 이유로 헌법소원심판 형태로 청구되었다. 국회선진화법은 국회의원의 심의·표결권이 침해된다는 이유로 권한쟁의심판으로 청구되었다.

다수결 원리의 불공평성 때문에 소송이 제기되는 유형은 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 사건이 이에 해당된다. 국회의원이 헌법소송을 제기할 수 있게 된 것은 국회의원이 청구인 당사자가 될 수 있다는 판례가 성

립되었기 때문에 가능해졌다. 한미FTA 동의안 상임위원회 상정 사건, 본회의 반대토론 절차상의 하자 사건, 미디어법 사건 등이 이 유형에 해당한다. 이들 사건에 대해서 헌법재판소는 절차상의 위헌은 확인되지만, 그 절차를 거친 법률의 효력은 여전히 유효하다고 판단하고 있다.

국회에서 다수결 원리에 의해서 통과된 법률이라 할지라도 국민여론은 이 법률 시행에 반대할 수 있다. 이러한 경우는 법률 자체에 대한 위헌여부에 대해서 판단하기 보다는 해당 법률의 시행으로 인한 개인의 기본권 침해에 초점을 두고 헌법소송을 제기하게 된다. 대표적으로 신행정수도이전법의 위헌 결정 사례가 해당된다. 이 사건은 서울시 공무원의 기본권을 침해한다는 이유로 헌법소원심판으로 청구되었다. 헌법재판소는 기본권 침해가 인정된다고 신행정수도이전법에 대해서 위헌 결정을 내렸다.

정치국면 전환과 정권의 정통성 도모를 위해 제기된 사건은 통합진보당 해산을 결정한 사례가 대표적이라고 할 수 있다.

마지막으로, 정치적 책임을 분산하기 위한 이유로 헌법소송이 제기된 유형은 두 차례의 대통령 탄핵심판 사건이 대표적이다. 헌법재판소는 노무현 대통령 탄핵심판은 대통령의 헌법 위반 사실을 확인했지만 위반 사실이 중대하지 않다는 이유로 기각 결정을 내렸고, 박근혜 대통령 탄핵심판은 헌법 위반 사실이 중대하다고 판단하여 인용 결정을 내렸다.

(1) 반응성과 사법자제의 관계

헌법재판소의 해석 논리는 법리의 합헌성과 합법성에 따른 판단의 실제 적용에 있다. 헌법의 내용과 적용에 관한 분쟁이 발생할 경우, 그것은 주변적인 것이 아니라 국가 공동생활의 기본질서에 관계되는 것이며, 그러한 의미에서 정치적인 성격을 보인다. 헌법재판소가 정치적 사법기관이라면 대의정치의 주요 개념인 반응성과 책임성 그리고 정당성 등이 헌법재판소의 판결을 분석할 때 적용될 수 있다. 반응성은 국민여론에 대한 반응과 정부에 대한 반응으로 구분된다. 책임성은 인사청문회와 헌법재판소법 개정(인사청문회 대상 확대)을 통해 제도적으로 부여된다. 그리고 청구인이

헌법소송으로 제기한 법률에 대해 합헌, 혹은 위헌 결정을 내림으로써 내용적으로 판결 결과에 대한 책임을 지게 된다. 책임성을 판단하기 위해서는 헌법소송 사례별로 판결문의 내용을 분석할 때 가능해진다. 정당성은 보다 관념적인 차원으로 제도적-기능적 정당성, 인적-조직적 정당성 그리고 실질적-내용적 정당성으로 구성된다.

사법자제와 사법적극주의에 관해 학계에서 명확한 개념이 정립되어 있는 것은 아니다. 판결문을 통한 내용 분석과 헌법소송이 제기된 정치상황을 동시에 분석함으로써 헌법재판소 판결 결과에 정치학적 해석을 부여할 수 있다. 이러한 해석을 통해 사법자제와 사법적극주의에 관한 개념을 구체화 할 수 있다. 본 연구에서 말하는 사법자제는 판결 결과가 의도적으로 정치과정에 개입하는 것을 자제하는 경우, 그리고 판결 결과가 국민여론을 적극 반영하는 경우로 정의내리고 있다.

다섯 가지 정치적 동기에 따라 헌법소송이 제기된 사건들을 살펴본 결과 헌법재판소는 판결을 통해 제도적 정당성을 확대하고 있다는 공통점을 발견할 수 있다. 그러나 각 사례별로 반응성과 책임성에 대한 해석은 다르게 나타나고 있다. 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의심판 유형은 입법행위와 관련한 판결에서 정치과정에 개입하지 않는다는 원칙을 유지하고 있기 때문에 여론이나 정부기관에 대한 반응성을 최소화하고 있다.

국회 내 협상절차의 부재로 문제제기할 통로가 차단된 경우에 헌법소송을 제기하는 동기는 비슷하지만 각각의 사례에 따라 반응성과 책임성에 대한 해석은 다르게 나타나고 있다. 청탁금지법은 반응성을 확대한 사례이며, 국회선진화법은 책임성을 최소화하고 있는 반면, 공직선거법은 책임성을 확대하고 있는 판결로 해석할 수 있다.

한편 다수결 원리와 여론이 불일치하는 경우에 개인의 침해된 권리를 구제하기 위해 헌법소송이 제기되고 있다. 신행정수도이전법이 대표적인 사례로서, 헌법재판소는 여론에 대한 반응성을 극대화했고, 국회 다수결의 결정을 위헌 선언함으로써 책임성을 강화하고 있음을 알 수 있다.

정치국면 전환과 정권의 정통성을 도모하기 위한 통합진보당 해산 사건과 정치적 책임을 분산하기 위해 제기된 두 차례의 탄핵심판 사건을 심사

할 때, 헌법재판소는 여론의 방향과 일치하는 사법자제 판결을 내림으로써 결과의 책임성 부담을 줄이는 대신 반응성과 제도적 정당성을 극대화시키는 전략적 행위자로 기능하고 있음을 확인할 수 있다.

청탁금지법 위헌 소송에 대해서 헌법재판소는 각하 및 기각 결정을 내림으로써 청탁금지법 시행에 합법적 법리를 제공해 주었다. 헌법재판소가 내린 결정의 중요한 근거는 청탁금지법이 조속한 시일 내에 시행되기를 원하는 국민여론에 있었다. 헌법재판소는 판결문에 ‘여론조사결과’라는 단어를 직접적으로 인용했고, 청탁금지법이 본회의에서 90%가 넘는 압도적 지지로 통과된 것을 두고 국민의사가 적극적으로 반영된 것으로 해석했다. 헌법재판소는 헌법소송이 청구된 구체적 이유들에 대해서 헌법에 위반되지 않으며, 청탁금지의 적용 대상을 설정하는 것은 입법재량이 인정되는 영역이라고 판단했다. 이러한 헌법재판소의 판단은 국회의 결정과 국민여론을 반영했다는 점에서 사법자제 판결로 볼 수 있다. 헌법재판소는 반응성과 제도적 정당성은 확대하고 있지만 상대적으로 책임성과 내용적 정당성은 최소화하는 전략적 판단을 하고 있다는 것을 알 수 있다.

헌법재판소 판결문에 여론조사를 직접적으로 사용한 또 다른 사례가 있다. 신행정수도이전법은 국회에서 압도적인 찬성으로 통과되었지만, 2004년 당시 국민의 과반수 이상이 수도 이전에 반대하고 있었다. 헌법재판소는 이러한 국민여론을 반영하고 있다는 내용을 판결문에 서술했으며, 이를 위헌 판단의 중요한 기준으로 활용하였다. 헌법재판소가 국회의 입법권을 무효화 했다는 이유로 사법적극주의라는 해석이 지배적이지만, 여기에서는 헌법재판소가 국민의 기본권 침해와 헌법 개정 절차에 대한 위헌 여부를 판단했다는 점에서 사법자제 판결로 보고 있다. 다시 말해 법률 내용 자체에 대한 위헌이 아닌 법안을 통과시키기 위한 절차에 대한 위헌 판단을 했다는 점에서 사법자제로 판단할 수 있다는 것이다.

국회 절차에 대한 위헌 판단은 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의사건에서도 비슷한 경향을 보이고 있다. 국회의원과 관련한 권한쟁의사건은 국회 다수결 절차에 대한 문제 제기가 주된 사법심사 대상이 되지만, 헌법재판소는 절차의 위헌성에 대해서 부분적으로 위헌을 확인할 뿐, 그 입법의

효과에 대해서는 판단을 자제하고 국회의 자율성 영역을 최대한 존중하는 사법자제 판결을 내리고 있다. 따라서 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 사건은 사실상 국회 다수결의 원리를 사법적으로 인정하고 그 입법의 효과에 대해서도 위헌 선언 등을 하지 않는다는 점에서, 사법심사가 반다수제이자 비민주적이라는 비판이 적절하지 않다는 것을 알 수 있다.

헌법재판소는 국회 의사절차(국회선진화법)에 관한 법률 제·개정 행위를 다투는 사안에 대해 국회의원의 법률안 심의·표결권을 침해할 가능성이 인정되지 않는다는 이유로 각하 결정을 내렸다. 국회 내부의 의사절차 조항에 관한 다툼은 국회의 자율성 영역이라는 이유로 본안 심리를 거절하는 것 또한 사법자제 판결로 해석할 수 있다.

헌법재판소는 선거구 획정 판결을 통해 선거구를 개편할 법적 근거를 제시했고, 이후 국회는 새롭게 마련된 인구편차 기준에 따른 공직선거법을 개정하기에 이르렀다. 헌법재판소는 청구인들의 선거권 및 평등권이 침해된다고 판단하고 인구 편차 기준의 가이드라인을 제시했다. 이러한 판결 결과만을 놓고 보면 헌법재판소가 정치과정의 핵심적인 사항까지 개입하는 사법적극주의 판결을 내렸다고 해석할 수 있다. 그러나 최종적인 선거구 구획 설정은 국회의원의 정책적 판단에 맡겼으며, 선거구 획정안이 마련될 때까지 법의 공백이 발생할 것을 우려하여 입법시한을 제안하고 그 동안은 기존의 선거구구역표를 적용하는 헌법불합치 결정을 내렸다는 점에서 사법자제 판결로 해석하는 것이 타당하다.

두 번의 탄핵심판은 모두 국민여론과 정확히 일치했다는 점에서 헌법재판소가 반응성을 보이고 있음을 알 수 있다. 정치적 책임을 분산하기 위한 의도로 제기된 헌법소송에 대해서 헌법재판소는 사법자제 판결을 내림으로써 제도적 정당성 역시 확대하고 있다. 두 번의 탄핵심판을 통해 양자 모두 헌법 위배 행위가 확인되었음에도 불구하고 한 사건은 기각 결정을 통해 대통령직이 유지되었고, 다른 사건은 인용 결정이 내려지면서 대통령직에서 파면되었다. 노무현 대통령 탄핵사태의 경우 헌법에 위배된 사항이 발견된다면 인용 결정을 내리는 것이 마땅하다. 그러나 4·15 총선과 국민여론을 발판삼아 헌법재판소는 법 위반의 중대성이 심각하지 않다는 이유

로 기각 결정을 내렸다. 헌법재판소는 박근혜 대통령 탄핵에 대해서 다섯 가지 이유 중 비선조직의 국정개입 부분만 헌법 위반 사항으로 확인했을 뿐 나머지 사안에 대해서는 탄핵소추 사유가 되지 않거나 헌법과 법률의 위반 사항이 아니라고 판단했다. 헌법재판소가 국민적 신임의 박탈이라는 결론을 내릴 수 있었던 이유는 탄핵 요구에 대한 국민적 지지가 절대적으로 높았기 때문에 가능했다. 헌법재판소의 국민여론에 대한 반응은 법리적으로 ‘국민의 신뢰,’ ‘헌법수호의지’와 같은 용어 선택에 반영된 것으로 볼 수 있다.

통합진보당 해산 결정을 통해 헌법재판소는 여론과 정부에 대한 반응성을 극대화했다는 점에서 사법자제 판결로 해석할 수 있다. 이 사건과 관련하여 헌법재판소는 대법원과 서로 상반된 결정을 내리면서 갈등을 드러내기도 했다. 통합진보당의 내란음모죄에 대해 헌법재판소는 유죄를 인정하고 정당해산을 결정했지만, 한 달여 후 대법원은 내란음모죄는 무죄이고 혁명조직은 실체가 없다는 판단을 내렸다. 같은 사안에 대해 서로 다른 입장을 보인 것은 헌법재판소가 사법기관으로서의 제도적 정당성을 공고히 하기 위한 의도가 있었음을 유추해 볼 수 있다. 그러나 정당 보호를 위한 책임성과 정당해산 사유의 내용적 정당성을 축소시키는 결정을 내린 것은 정권의 눈치를 보면서 집권세력에게 절대적으로 유리한 판결을 내렸다는 점에서 사법의 정치화라는 비판도 가능하다고 본다.

여론은 정치적 상황에 따라 사법자제 판결을 도출할 수도 있고, 사법적 극주의 판단을 이끌어 낼 수도 있다. 헌법을 통하여 국민은 직접적으로 혹은 선출된 대표자를 통해 국가권력의 행사에 대한 기준이 되는 권한, 절차, 개인의 자유를 위한 한계 및 방향을 결정한다. 다섯 가지의 정치적 이유 때문에 제기되는 헌법소송 사건을 다루는 경우, 헌법재판소는 제도적 정당성을 확대하기 위한 판결을 내리고 있음을 알 수 있다. 국회 내부의 다수결 원리의 불공평성에 대한 문제를 제기하는 헌법소송의 경우에 헌법재판소는 반응성을 소극적으로 해석하고 있다. 그리고 그 판결은 원고의 입법재량이나 자율성의 영역에 개입하지 않는 사법자제 형식으로 나타나고 있다. 한편, 국회 내 협상절차가 부재한 경우나 다수결 원리와

국민여론이 서로 상충하는 경우 그리고 정치 국면전환과 정치적 책임의 분산 등의 이유로 제기되는 헌법소송에 대해서는 반응성을 적극적으로 실현하는 방향으로 판결을 내리고 있다. 그렇다고 해서 헌법재판소가 여론에 끌려 다니거나 호도되는 것은 아니다. 오히려 헌법소송에 대한 판단을 내릴 때 판결 내용의 정당성을 확보하는 차원에서 여론을 활용하는 것으로 이해하는 것이 보다 적절하다. 원고의 무능력이 원인이 아닌 정치적 동기의 유형화에 해당하는 헌법소송의 경우 헌법재판소는 사법적 해결방식을 정치과정에 개입하지 않거나 여론의 방향과 일치하는 판결을 통해 사법자제 판단을 내리고 있다. 헌법재판소는 입법행위와 관련한 사건을 판단할 때 제도적 정당성은 확대하면서 반응성과 책임성은 정치적 사안에 따라 전략적으로 최소화하거나 최대화하고 있음을 알 수 있다.

(2) 분점정부와 사법자제의 관계

각각의 정치적 이유에 의해서 제기되는 헌법소송에 대해 헌법재판소가 판결을 내리는 시점을 정치상황과 연결시켜 보면 기존의 사법적극주의 논의에 반론을 제기할 수 있는 근거가 도출된다.

일반적으로 분점정부 하에서 사법부의 재량판단의 공간이 넓어지므로 사법적극주의 판결이 나올 가능성이 높은 것으로 보고 있다. 그러나 본 연구에서 살펴본 바에 의하면 분점정부 상황에서도 헌법재판소는 사법자제 판결을 내리고 있다. 그 예가 두 차례의 대통령 탄핵심판이다. 노무현 대통령 탄핵의 경우, 국회에서 탄핵소추안을 의결한 시점에는 분점정부였지만 헌법재판소가 탄핵심판을 판결했을 때는 4.15 총선으로 열린우리당이 과반수 이상을 차지하면서 단점정부를 형성했던 시기였다. 박근혜 대통령 탄핵이 추진된 시점은 제20대 총선을 통해 더불어민주당이 여당을 형성하고 있던 분점정부 시기였다.

분점정부 시기에도 사법자제 판결을 보이는 것은 헌법재판소가 반응성을 전략적으로 선택했기 때문으로 보인다. 두 차례의 탄핵심판은 모두 여소야대, 다시 말해 분점정부라는 정치적 조건이 구비되었을 때 진행되었으며,

그 결과는 여론의 방향과 흐름을 같이 하고 있었다. 헌법재판소는 여론과 같은 결정을 내림으로써 반응성과 민주적 정당성을 확대한 것으로 볼 수 있다.

2. 합의와 전망

한국에서 나타나고 있는 일련의 입법에 대한 사법심사현상, 즉 ‘정치의 사법화(judicialization of politics)’는 하나의 현상인가? 아니면 허셜(Ran Hirschl)이 주장하는 사법통치주의(juristocracy)로 가기 위한 전환기인가? 본 연구가 주장하는 바와 같이 헌법재판소가 다섯 가지 유형의 정치적 동기로 청구된 사건에 대해서 사법자제 전략을 보인다고 한다면 한국에서 나타나는 정치의 사법화는 허셜이 말하는 사법통치주의로의 전환이 아닌 하나의 현상으로 볼 수 있다는 결론에 이른다.

헌법재판소는 소송에서 제기된 문제를 해결하기 보다는, 이미 국회에서 상당한 수준의 논의가 진행되고 여론의 방향이 형성되어 있는 상황에서 최종적으로 헌법적 가치를 부여해 주는 역할을 하고 있다. 이는 사법통치주의가 말하는 선제적이고 적극적인 모습, 혹은 로젠버그가 제시했던 역동적인(정책주도형) 헌법재판소의 모습과는 상당한 거리가 있다. 그러나 헌법재판소가 아무런 문제도 해결하지 못하고 여론에 끌려 다니는 소극적인 행위자이거나 독립적인 권한이 침해되는 것으로 해석하는 것은 아니다. 헌법재판소가 인구의 등가성을 보다 엄격히 해석한 선거구 획정 판결을 통해 국회의원 선거구구역표가 재설정되는 등 정치과정에 영향을 준 사례도 분명히 존재하기 때문이다. 이 논문에서 강조하는 것은 헌법재판소가 제도적 정당성을 확대하면서 판결 결과를 통해 전략적으로 반응성과 책임성을 최소화하거나 최대화하는 행위자라는 점이다.

이러한 해석은 본 연구가 제시한 헌법소송의 정치적 동기를 유형화한 경우에 한정했을 때 가능한 결론이다. 따라서 이러한 결론을 헌법재판소 전체로 확대하는 것은 경계할 필요가 있다. 왜냐하면 그 동안 헌법재판소가 사법적극주의 판결을 통해 개인의 기본권을 보호하고 확대하는데 공헌한

점도 충분히 인정되기 때문이다.

헌법재판의 제도화는 분리와 독립의 과정으로 이해할 수 있다. 이는 정치 과정을 통해 대립과 갈등 혹은 온전히 그 과정의 일부가 되어 나타나고 있다. 본 연구는 입법행위와 관련 있는 사건들을 정치적 동기별로 유형화하고 분류하는 작업을 시도하고, 그 의미 및 효과를 분석하는 학제 간 연구를 내용으로 하고 있다. 기존의 헌법재판연구가 대체로 판례평석에 중점을 두는 규범적 분석을 이루고 있는데 반해, 본 논문은 대의정치의 주요 개념인 반응성과 정당성 그리고 책임성 등 정치학의 분석틀과 개념에 근거하여 헌법재판소 판결 결과를 분석하고 있다. 이러한 연구가 앞으로 한국정치 분야에서 정치학과 법학 간의 학제적 차원에서 교류를 활발히 할 수 있는 계기를 제공할 수 있기를 바라며, 헌정민주주의 담론을 형성하는데도 기여할 수 있기를 기대한다.

참 고 문 헌

1. 국문

<단행본>

- 강원택. 2017. “87년 헌법의 개헌 과정과 시대적 함의.” 『역사비평』 119. 12-37.
- 곽준혁 옮김. 2004. 『선거는 민주적인가: 현대 대의 민주주의의 원칙에 대한 비판적 고찰』 서울: 후마니타스. ; Manin, Bernard. 1997. *The Principles of Representative Government*. Cambridge: Cambridge University Press.
- 국순옥. 2015. 『민주주의 헌법론』. 아카넷.
- 국회운영위원회 수석전문위원실. 2012. 『개정 국회법 소개: 안건 처리절차 개선 및 질서유지 관련』. 국회사무처.
- 김도균 옮김. 2015. 『합법성과 정당성』. 서울: 길. ; Schmitt, Carl. 1932. *Legalität und Legitimität*.
- 로버트 다알 지음. 신윤환 옮김. 1992. 『다원민주주의의 딜레마』. 서울: 푸른산
- 매튜 A. 크렌슨 & 벤저민 긴스버그. 서복경 옮김. 2013. 『다운사이징 데모크라시』. 서울: 후마니타스.
- 박수형·박상훈 옮김. 2004. 『미국헌법과 민주주의』. 서울: 후마니타스. ; Dahl, Robert. 2001. *How Democratic Is the American Constitution?*. New Haven: Yale University Press.

- 박재형. 2010. 『한국정치와 헌법재판소』. 집문당.
- 상탈 무폐. 이행 옮김. 2006. 『민주주의의 역설』. 인간사랑.
- 서울대 정치학과 교수 공저. 2002. 『정치학의 이해』. 박영사.
- 아담 쉘보르스키·호세 마리아 마라발 외 지음. 안규남·송호창 외 역. 2008. 『민주주의와 법의 지배』. 서울: 후마니타스.
- 알렉산더 해밀턴. 제임스 매디슨. 존 제이 지음. 김동영 옮김. 1995. 『페더럴리스트 페이퍼』. 한울.
- 유진오. 1980. 『헌법기초회고록』. 일조각.
- 임지봉. 2004. 『사법적극주의와 사법권 독립』. 철학과 현실사.
- 임효선·박지동 옮김. 『미국의 민주주의』. 1997. 한길사. ; Tocqueville, Alexis de. 1945. *Democracy in America*. Vol.1. New York: Vintage.
- 전원열 옮김. 2006. 『민주주의와 법원의 위헌심사』. 파주: 나남. ; Ely, John Hart. 1980. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge; London: Harvard University Press.
- 정종섭. 2010. 『헌법소송법』. 박영사.
- 최대권. 2001. 『헌법학강의』. 박영사.
- . 2012. 『법치주의와 민주주의』. 서울대학교출판문화원.
- 한수웅. 2015. 『헌법학』. 파주: 법문사.
- 헌법재판소. 2008. 『헌법재판소 20년사』. 헌법재판소.
- . 2015. 『헌법재판실무제요』 제2개정판. 헌법재판소.
- 현재호·박수형 옮김. 2008. 『절반의 인민주권』. 서울: 후마니타스. ;

Schattschneider, Elmer Eric. 1960. *The Semi sovereign people: A Realist's view of democracy in America*. New York: Holt, Rinehard and Winston.

<연구논문>

- 강정인. 2008. “민주화 이후 한국 정치에서 자유민주주의와 법치주의의 충돌.” 『서울대학교법학』 49(3). 40-75.
- 강호균. 2016. “권한쟁의심판에서 권한침해확인 결정의 기속력.” 『법학논총』 28(3). 9-48.
- 김선택. 2005. “국가기능체계에 있어서 헌법재판소의 역할과 한계: 국가조직 관련 헌법재판소판례의 분석과 평가.” 『공법연구』 33(4). 179-209.
- 김민우. 2016. “부정청탁금지법의 헌법적 쟁점을 둘러싼 헌법재판소 판결의 문제점.” 『헌법학연구』 22(4). 159-191.
- 김배원. 2004. “국가정책, 관습헌법과 입법권에 대한 헌법적 고찰.” 『공법학연구』 5(3). 147-188.
- , 2007. “한국헌법상 대통령과 헌법재판소의 상호통제관계.” 『공법학연구』 8(2). 149-184.
- 김정현. 2016. “부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률’의 문제점과 발전방향에 관한 연구.” 『헌법학연구』 22(2). 249-283.
- 김종서. 2014. “민주주의적 관점에서 본 헌법재판제도-미국의 논의를 중심으로.” 『민주법학』 54. 317-367.
- 김종철. 2004. “노무현 대통령 탄핵심판사건에서 헌법재판소의 주요논지에 대한 비판적 검토.” 『세계헌법연구』 9. 1-22.

- , 2005. “‘정치의 사법화’의 의의와 한계: 노무현 정부 전반기의 상황을 중심으로.” 『공법연구』 33(3). 229-251.
- 김주환. 2013. “입법절차상 하자에 대한 헌법재판소의 통제.” 『강원법학』 39. 253-277.
- 김현철. 2016. “정당해산심판의 목적 및 해산사유 - 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1 결정에 대한 평석을 겸하여.” 『헌법학연구』 22(2). 361-403.
- 김환학. 2015. 『법률유보와 의회유보: 중요성설에 대한 비판적 검토』. 헌법재판소 헌법재판연구원.
- 남복현. 1992. “헌법재판소 재판관의 재판 성향.” 『법과 사회』 5호. 120-149.
- , 2001. “법률의 입법과정 실제와 헌법재판소에 의한 위헌여부 결정 실제의 상관관계.” 『법과 사회』 24호. 213-253.
- 리처드 벨라미(Richard Bellamy). 2009. “공화주의, 민주주의 그리고 헌정주의.” 세실 라보르드(Laborde, Cécile), 존 메이너 외 저; 곽준혁, 조계원, 홍승헌 옮김. 『공화주의와 정치이론』. 서울: 까치글방. 228-268.
- 박명립. 2005. “헌법, 헌법주의, 그리고 한국 민주주의: 2004년 노무현 대통령 탄핵사태를 중심으로.” 『한국정치학회보』 39(1). 253-400.
- , 2009. “민주주의와 헌정주의.” 『민주주의 강의3-제도』. 민주화운동기념사업회. 353-392.
- 박승호. 2000. “국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의에 관한 헌재결정.” 『안암법학』 11. 1-28.
- 박은정. 2010. “정치의 사법화와 민주주의.” 『서울대학교법학』 51(1). 1-26.

- 박종보. 2004. “국회의 대정부통제권 - 대통령탄핵을 중심으로.” 『공법연구』 32(5). 79-111.
- 박진영. 2014. “입법절차의 하자를 이유로 하는 권한침해확인결정의 기속력 - 헌재 2010. 11. 25. 2009헌라12 결정에 대한 분석을 중심으로.” 『경희법학』 49(3). 307-344.
- 박진우. 2015. “「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」의 위험성에 관한 고찰.” 『세계헌법연구』 21(1). 133-163.
- 박종현. 2009. “헌법재판과 정책결정: 반다수결주의 난제의 해체를 위한 실증적 분석.” 서울대학교 박사학위논문.
- , 2010. “정치의 사법화의 세 가지 유형.” 『世界憲法研究』 16(3). 513-542.
- , 2017. “정치의 사법화의 메커니즘: 헌법재판에 의한 정치의 사법화 현상에 대한 분석 및 평가.” 『법학연구』 27(1). 101-141.
- 배종윤. 2014. “2004년 대통령 탄핵사건과 정치의 사법화.” 『동서연구』 26(3). 185-214.
- 서보학. 2015. “「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」에 대한 형사법적 검토.” 『입법학연구』 12(1). 25-49.
- 성중탁. 2017. “부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률의 문제점과 개선방안.” 『저스티스』 160. 106-133.
- 손인혁. 2017. “동아시아에서 헌법재판의 현황 및 문제점과 그 시사점.” 『저스티스』 158(2). 372-415.
- 송기춘. 2015. “「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」의 법적 문제점과 개선방향.” 『세계헌법연구』 21(3). 39-69.
- 신우철. 2010. “헌법재판을 통한 행정작용 통제 - 중국·대만·일본의 제도

- 와 판례를 중심으로.” 『중앙법학』 12(1). 7-44.
- 오승용. 2004. “한국 분점정부의 입법과정 분석: 제13대-16대 국회를 중심으로.” 『한국정치학회보』 38(1). 167-192.
- , 2008. “분점정부가 국회입법에 미치는 영향: 중요법안 처리결과를 중심으로.” 『의정연구』 26. 61-93.
- , 2009. “민주화 이후 정치의 사법화에 관한 연구.” 『기억과 전망』 20. 282-315.
- , 2010. “한국 민주주의의 위기와 법의 지배: 정치의 사법화를 중심으로.” 『민주주의와 인권』 10(3). 163-196.
- 윤종빈. 2005. “17대 총선에서 나타난 탄핵쟁점의 영향력 분석.” 『한국정당학회보』 4(1). 205-227.
- 음선필. 2004. “대통령 탄핵심판사건: 법치주의를 위한 변론.” 『사회과학연구』 10(1). 145-176.
- , 2014. “국회의원 지역선거구 획정에 관한 헌법적 고찰: 기준·주체·시기를 중심으로.” 『의정논총』 9(2). 211-245.
- 이국운. 2001. “2기 헌법재판소 결정성향 분석: 3기 헌법재판소의 전망을 덧붙여서.” 『법과 사회』 21호. 189-228.
- 이명웅. 2005. “민주주의와 헌법재판.” 『헌법논총』 제18집. 243-272.
- , 2014. “헌법재판의 정치화에 대한 이론적 검토: 미국 연방대법원의 경우.” 『헌법논총』 제25집. 371-407.
- 이부하. 2015. “부정청탁금지법의 위헌성 검토.” 『법과 정책연구』 15(3). 1003-1026.
- 이상명. 2010. “판례평석: 국회의원의 심의표결권 침해에 대한 권한쟁의심판.” 『한양법학』 29. 197-212.

- 이선우. 2017. “민주주의 공고화에 있어 ‘법의 지배’의 우선성.” 『한국정치학회보』 51(1). 49-72.
- 이우영. 2009. “최고법원으로서의 미연방대법원의 운용: 특히 본안심리사건수와 관련된 제도와 경험이 우리나라에 주는 시사점을 중심으로.” 『서울대학교 미국학연구소: 미국학』 32(2). 199-247.
- , 2011. “입법과정과 입법의 민주적 정당성.” 『서울대학교법학』 52(4). 125-168.
- 이황희. 2016. “민주적 기본질서 위배의 의미 -헌법재판소의 해석(2013헌다1)에 관한 분석.” 『법조』 65(5). 5-56.
- , 2017. “헌법재판과 공적 참여.” 『저스티스』 159. 5-37.
- 임종훈. 2015. “「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」(소위 김영란법)의 헌법적 쟁점에 대한 고찰.” 『법조』 64(9). 112-168.
- 전광석. 2005. “수도이전특별법 위헌결정에 대한 헌법이론적 검토.” 『헌법실무연구』, 박영사.
- 전종익. 2000. “헌법재판소 결정의 정당성에 대한 분석-국회의원들의 인식을 중심으로.” 『법과사회』, 197-216.
- , 2015. “정치과정과 헌법재판.” 『헌법재판』 심포지엄(2015.9.17.)
- 정종섭. 2006. “탄핵제도와 헌법디자인.” 『법과 사회』 30. 141-173.
- 조재현. 2012. “권한쟁의심판에서 결정의 범위와 기속력에 관한 연구.” 『헌법학연구』 18(1). 429-459.
- , 2013. “헌법재판에서의 최근의 동향과 전망 - 위헌법률심판의 대상의 확대화 경향을 중심으로.” 『법학연구』 23(4). 61-88.
- 차동욱. 2006a. “공간분석모델을 통해 본 헌법재판소의 전략적 판결과정.” 『한국정치학회보』 40(5). 111-137.

- , 2006b. “위헌법률심사제도의 민주적 정당성에 관한 고찰: 대의제 민주주의 하에서의 헌법재판제도의 정당성.” 『정부학연구』 12(2). 161-195.
- , 2006c. “사법적극주의의 경험적 분석을 위한 이론적 고찰: 미국에서의 논의를 중심으로 비교 제도적 확장을 위하여.” 『세계헌법연구』 12(1). 293-324.
- , 2006d. “헌법재판소는 국회의 안티테제인가: 현대적 권력분립원리 하에서의 두 헌법기관의 관계.” 『의정연구』 12(2). 183-221.
- , 2015. “행정소송에서의 원고적격제도의 정치적 의미와 기능.” 『한국정치연구』 24(1). 227-250.
- , 2016. “정치의 사법화에 대한 헌법재판소의 책임: 국회의원과 국회의장 간 권한쟁의 사건을 중심으로.” 『한국정당학회보』 15(2). 69-103.
- , 2017. “한국의 정치 갈등과 헌법재판소: 대통령 탄핵심판의 정치적 의미.” 윤보선기념사업회 발표문.
- 차수봉, 2016. “대통령제와 대통령 탄핵제도의 법사상사적 소고 - 탄핵규정의 규범적 분석을 겸하여.” 『인문사회 21』 7(6). 1033-1047.
- 채진원, 2011. “정치의 사법화 현상의 이론적 쟁점.” 『평화연구』 19(2). 257-295.
- 최대권, 1993. “헌법재판소의 정치학 - 그 구조와 기능을 중심으로.” 『서울대학교법학』 34(1). 106-127.
- , 2001. “헌법재판소 결정의 정치적 의미.” 『법학』 42(3). 1-27.
- , 2005. “비교 사회·문화적 맥락에서 본 사법적극주의와 사법소극주의 - 하나의 모색.” 『법학』 46(1). 19-39.
- , 2008. “우리나라 법치주의 및 의회주의의 회고와 전망.” 『서울대학

교법학』 49(4), 208-248.

최장집. 2005. “민주주의와 헌정주의: 미국과 한국.” Robert Dahl. 박수형·박상훈 역. 『미국헌법과 민주주의』. 서울: 후마니타스. 7-69.

최한수. 2006. “노무현 대통령 탄핵에 관한 소고.” 『대한정치학회보』 13(3). 97-119.

허완중. 2012. “헌법재판소의 민주적 정당성.” 『헌법학연구』 18(3). 559-600.

홍철기. 2016. “한스 쾰젠의 대표제 민주주의 이론: 대표의 허구 비판과 대리인의 순수 이론.” 서울대 한국정치연구소 집담회 발표문(2016.4.2)

2. 영문

Ackerman, Bruce. 1991. *We the People: Foundations. Vol. 1.* Cambridge: Harvard University Press.

-----, 1998. *We the People: Transformations.* Cambridge: Harvard University Press.

Althoff, Phillip S. & Greig, William H. 1985. “Democracy, Judicial Review, and the Legislative Veto.” *Glendale Law Review* 7(1). 53-63.

Baumgartner, Jody C. and Naoko Kada (ed). 2003. *Checking Executive Power: Presidential Impeachment in Comparative Perspective.* Westport, Connecticut.: Praeger.

Bellamy, Richard. 1996. “The Political Form of Constitution: The Separation of Powers, Rights and Representative Democracy.” *Political Studies* 44(3). 436-456.

- Bickel, Alexander. 1986. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (2nd ed). New Haven: Yale University Press.
- Bishin, William R. 1977. "Judicial Review in Democratic Theory." *Southern California Law Review* 50. 1099-1137.
- Caldeira, Gregory A. 1977. "Children's Images of the Supreme Court: A Preliminary Mapping." *Law and Society Review* 11(5). 851-871.
- , 1986. "Neither the Purse nor the Sword: Dynamics of Public Confidence in the Supreme Court." *American Political Science Review* 80(4). 1209-1226.
- Cameron, Charles M., Albert D. Cover, and Jeffrey A. Segal, 1990. "Supreme Court Nominations and the Rational Presidency." paper presented at the annual meeting for the American Political Science Association.
- Canon, Bradley C. 1982. "A Framework for the Analysis of Judicial Activism." in Stephen C. Halpern and Charles M. Lamb. eds. *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington, MA: Lexington Books. 385-419.
- Cavanagh, Ralph and Austin Sarat. 1980. "Thinking about Courts: Toward and Beyond a Jurisprudence of Judicial Competence." *Law & Society Review* 14(2). 371-420.
- Choper, Jesse H. 1980. *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*. Chicago: University of Chicago Press.
- Clark, R. H. 1981. "New Theory of Judicial Review: A Critical Analysis

- of John Hart Ely's Democracy and Distrust." *Capital University Law Review* 11(1). 33-54.
- Clayton, Cornell W. 2002. "The supply and demand sides of judicial policy-making(or, why be so positive about the judicialization of politics?)." *Law and Contemporary Problems* 65(3). 69-85.
- Dahl, Robert. 1957. "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as National Policy-Maker." *Journal of Public Law* 6. 279-295.
- , 1967. *Pluralist Democracy in the United States: Conflict and Consent*. Chicago: Rand McNally. 150-170.
- Dotan, Yoav and Menachem Hofnung. 2005. "Legal defeats-political wins: Why do elected representatives go to court?." *Comparative Political Studies* 38(1). 75-103.
- Dressel, Björn (ed). 2012. *The Judicialization of Politics in Asia*. NY: Routledge.
- Dworkin, Ronald. 1995. "Constitutionalism and Democracy." *European Journal of Philosophy* 3(1). 2-11.
- Easton, David and Jack Dennis. 1969. *Children in the Political System: Origins of Political Legitimacy*. New York: McGraw-Hill.
- Ehrlich, Walter. 1974. *Presidential Impeachment: An American Dilemma*. Saint Charles, MO: Forum.
- Elkin, Stephen L. and Karol E. Soltan (eds). 1993. *A New Constitutionalism: Designing Political Institutions for a Good Society*. Chicago. University of Chicago Press

- Elster, Jon & Rune Slagstad eds. 1988. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: New York: Cambridge University Press
- Ely, John Hart. 1991. "Another Such Victory: Constitutional Theory and Practice in a World Where Courts Are No Different from Legislatures." *Virginia Law Review* 77(4). 833-879.
- Epstein, David and Sharyn O'Halloran. 1999. *Delegating Powers: a transaction cost politics approach to policy making under separate powers*. Cambridge; New York: Cambridge University Press.
- Epstein, Lee and Jack Knight. 1998. *The Choices Justices Make*. Washington D.C.: Congressional Quarterly Press.
- Epstein, Lee, Jack Knight and Olga Shvetsova. 2001. "The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government." *Law & Society Review* 35(1). 117-164.
- Fenno, Richard F. 1973. *Congressmen in Committees*. Boston: Little, Brown.
- Ferejohn, John. 2002. "Judicializing politics, politicizing law." *Law and Contemporary Problems* 65(3). 41-68.
- Ferejohn, John, Jack N. Rakove, Jonathan Riley(ed.). 2001. *Constitutional culture and democratic rule*. New York: Cambridge University Press.
- Ferejohn, John and Pasquale Pasquino. 2003. "Rule of Democracy and Rule of Law." Jose Maria Maravall and Adam Przeworski, eds. *Democracy and the Rule of Law*. New York: Cambridge University Press. 242-260.

- Garlicki, Lech. 2007. "Constitutional courts versus supreme courts." *International Journal of Constitutional Law* 5(1). 44-68.
- Geyh, Charles Gardner. 2006. "The decline and fall of impeachment as a means to control judicial decision making." in *When courts & Congress collide: The struggle for control of America's judicial system*. Ann Arbor: University of Michigan Press. 113-170.
- Gibson, James. 1989. "Understanding of Justice: Institutional Legitimacy, Procedural Justice, and Political Tolerance." *Law and Society Review* 23. 469-496.
- 1992. "Institutional Legitimacy, Procedural Justice, and Compliance with Supreme Court Decisions: A Question of Causality." *Law and Society Review* 25. 631-655.
- Gillman, Howard and Cornell W. Clayton. 1999. "Beyond Judicial Attitudes: Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making." Cornell W. Clayton and Howard Gillman, eds. *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago: University of Chicago Press. 1-12.
- Ginsberg, Benjamin and Martin Shefter. 1990. *Politics by other means: The declining importance of elections in America*. New York: Basic Books.
- Ginsburg, Tom. 2003. "Rule by Law or Rule of Law? The Constitutional Court of Korea." in *Judicial review in new democracies: Constitutional courts in Asian cases*. Cambridge University Press.
- . 2009. "The constitutional court and the judicialization of Korean

- politics.” Harding, Andrew, et al eds. 2010. *New Courts in Asia*. Routledge.
- Goldman, Sheldon. 1966. “Voting Behavior on the United States Courts of Appeals, 1961 - 1964,” *American Political Science Review* 60(2). 374-383.
- , 1975. “Voting Behavior on the United States Courts of Appeals Revisited.” *American Political Science Review* 69(2). 491-506.
- Goldstein, Leslie Friedman. 2001. *Constituting Federal Sovereignty: The European Union in Comparative Context*. Baltimore: John Hopkins Univ. Press.
- , 2004. “From Democracy to Juristocracy.” *Law & Society Review* 38(3). 611-629.
- Graber, Mark A. 2004. “Resolving political questions into judicial questions: Tocqueville’s thesis revisited.” *Constitutional Commentary* 21. 484-545.
- Habermas, Jürgen. 1995. “On the Internal Relation between the rule of law and Democracy.” *European journal of philosophy*. 3(1). 12-20.
- Habermas, Jürgen and William Rehg. 2001. “Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?” *Political Theory* 29(6). 766-781.
- Heck, Edward V. and Steven A. Shull. 1982. “Policy Preferences of Justices and Presidents: The Case of Civil Rights.” *Law and Policy Quarterly* 4(3). 327-338.

- Held, David. 1987. *Models of Democracy*. Stanford University Press.
- Hirschl, Ran. 2004. *Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- , 2006. "The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide." *Fordham Law Review* 75(2). 721-754.
- , 2008a. "The judicialization of mega-politics and the rise of political courts." *Annual Review of Political Science* 11. 93-118.
- , 2008b. "The Judicialization of Politics." Whittington, Keith E., Daniel R. Kelemen and Gregory A. Caldeira. 2008. *The Oxford handbook of law and politics*. New York: Oxford University Press. 119-141.
- Hirschman, Albert O. 1970. *Exit, Voice and Loyalty: Response to Decline in Firms, Organizations, and States*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1970.
- Holland, Kenneth M. ed. 1991. *Judicial Activism in Comparative Perspective*. New York: St. Martin's.
- Huntington, Samuel P. 1991. *Third Wave: Democratization in the late Twentieth Century*. Norman, Okla, and London: University of Oklahoma Press.
- Isaac, Jeffrey C. 1988. "Republicanism vs. liberalism?: A reconsideration." *History of Political Thought* 9(2). 349-377.
- Issacharoff, Samuel. 2007. "Fragile Democracies." *Harvard Law Review* 120(6). 1405-1467.
- Kagan, Robert. 2002. *Adversarial Legalism: The American Way of*

- Government*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Kelsen, Hans. 1942. "Judicial Review of Legislation: A comparative study of the Austrian and the American Constitution." *The Journal of Politics* 4(2). 183–200.
- Kenney Sally J., William M. Reisinger and John C. Reitz. 1999. *Constitutional dialogues in comparative perspective*. Houndmills, Basingstoke, Hampshire: Macmillan; New York, N.Y.: St. Martin's Press.
- Kolodny, Niko. 2014. "Rule over none I: What justifies democracy?" *Philosophy and Public Affairs* 42(4). 195–229.
- , 2014a. "Rule over none II: Equality and the justification of democracy." *Philosophy and Public Affairs* 42(4). 287–336.
- Koopmans, Tim. 2003. *Courts and Political Institution: A Comparative View*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kornhauser, Lewis A. 1999. "The Normativity of Law." *American Law and Economics Review* 6. 3–25.
- Kramer, Larry. 2005. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Cambridge: Oxford University Press.
- Larkins, Christopher M. 1996. "Judicial Independence and Democratization: A Theoretical and Conceptual Analysis." *American Journal of Comparative Law* 44(4). 605–626.
- Law, David S. 2011. "Constitutions." Faculty research paper series. Washington University School of Law.
- Lee, Sun Woo. 2014. "A Civil-Law Prosecution system, Presidentialism

and the Politicisation of Criminal Justice in New Democracies: South Korea and Russia in Comparative Perspective.” University of Glasgow.

Levasseur, Alain A. 2002. “Legitimacy of Judges.” *The American Journal of Comparative Law* 50. 43-85.

Linz, Juan J. 1978. “Crisis, Breakdown, and Reequilibration.” in Linz, Juan J. and Alfred Stephan eds. *The Breakdown of Democratic Regimes*. Baltimore: Johns Hopkins University Press. 3-124.

Maltzman, Forrest, James F. Spriggs, and Paul J. Wahlbeck. 1999. “Strategy and Judicial Choice: New Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making.” Cornell W. Clayton and Howard Gillman, eds. *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago: University of Chicago Press. 43-64.

McGowan, Carl. 1977. “Congress, Court, and Control of Delegated Power.” *Columbia Law Review* 77(8). 1119-1174.

Moustafa, Tamir. 2003. “Law versus the State: The Judicialization of Politics in Egypt.” *Law & Social Inquiry* 28(4). 883-930.

Moustafa, Tamir & Tom Ginsburg. 2008. *Rule by law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. Cambridge University Press.

Murphy, Walter F. 1964. *The Elements of Judicial Strategy*. Chicago: University of Chicago Press.

Neier, Aryeh. 2012. *Only Judgment : The limits of litigation in social change*. New York, NY: International Debate Education Association.

- Nino, Carlos Santiago. 1996. "Judicial Review in a Deliberative Democracy." in *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven, CT: Yale University Press.
- O'Donnell, Guillermo. 2006. "Afterword." In Rachel Sieder et al., eds. *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan.
- Olson, Mancur. 1993. "Dictatorship, Democracy, and Development." *The American Political Science Review* 87(3). 567-576.
- Park, Jonghyun. 2008. "The Judicialization of Politics in Korea." *University of Hawaii Asian-Pacific Law & Policy Journal* 10(1). 63-113.
- Peltason, Jack W. 1955. *Federal courts in political process*. Garden City: Doubleday.
- Peretti, Terri Jennings. 2001. *In defense of a political court*. Princeton, N.J.: Princeton University Press.
- Pitkin, Hanna Fenichel. 1967. *The Concept of Representation*. Berkeley: University of California Press.
- Pritchett, C. Herman. 1948. *The Roosevelt Court*. Chicago: University of Chicago Press.
- . 1969. "The development of judicial research." Grossman, Joel and Joseph Tanenhaus eds. *Frontiers of Judicial Research*. New York: Wiley.
- Przeworski, Adam, Susan C. Stokes, Bernard Manin(eds.). 1999. *Democracy, accountability, and representation*. Cambridge, U.K.: New York: Cambridge University Press.

- Ramseyer, Mark J. 1994. "The Puzzling (In)Dependence of Courts: A Comparative Approach." *Journal of Legal Studies* 23(2). 721-747.
- Ramseyer, Mark J and Eric B. Rasmusen. 2001. "Why Are Japanese Judges So Conservative in Politically Charged Cases?" *The American Political Science Review* 95(2). 331-344.
- Raz, Joseph. 1998. "On the Authority and Interpretation of Constitutions." in Alexander, Larry. (ed.) *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge University Press. 152-193.
- Rhodes, R. A. W., Sarah A. Binder, and Bert A. Rockman. 2006. *The Oxford handbook of political institutions*. New York: Oxford University Press.
- Rohde, David W., and Spaeth, Harold J. 1976. *Supreme Court Decision Making*. San Francisco: W. H. Freeman.
- Rosenberg, Gerald N. 1991. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*. Chicago: University of Chicago Press. 1-36, 336-343.
- . 1992. "Judicial Independence and the Reality of Political Power." *The Review of Politics* 54(3). 369-398.
- Rosenblum, Nancy L. 2008. *On the side of the angels : an appreciation of parties and partisanship*. Princeton: Oxford: Princeton University Press.
- Rosenfeld, Michel and Andras Sajo(ed.). 2012. *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford University Press.
- Schubert, Glendon. 1962. "The 1960-1961 Term of the Supreme Court:

- A Psychological Analysis." *American Political Science Review* 56(1). 90-107.
- Schumpeter, Joseph. A. 1975. *Capitalism, Socialism, and Democracy*. New York: Harper & Row Publishers.
- Schwartz, Bernard. 1993. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press.
- Schwartz, Herman. 2000. *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*. Chicago: University of Chicago Press.
- Segal, Jeffery A. and Harold J. Spaeth. 1993. *The Supreme Court and the Attitudinal Model*. Cambridge: Cambridge University Press.
- , 1997. "Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts." *The American Political Science Review* 91(1). 28-44.
- , 2002. *The Supreme Court and the Attitudinal Model revisited*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Segal, Jeffery A. Chad Westerland, and Stefanie A. Lindquist. 2011. "Congress, the Supreme Court, and Judicial Review: Testing a Constitutional Separation of Powers Model." *American Journal of Political Science* 55(1). 89-104.
- Shapiro, Martin. 1964. *Law and politics in the Supreme Court*. Free Presse of Glencoe.
- , 2002. "The Success of Judicial Review and Democracy," in M. Shapiro & A. Stone Sweet. *On Law Politics and Judicialization*. Oxford: Oxford Univ. Press. 149-183.

- Shapiro, Martin & Alec Stone Sweet. 2002. *On Law, Politics and Judicialization*. New York: Oxford University Press.
- Shugart, Matthew Soberg & John M. Carey. 1992. *Presidents and assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*. Cambridge[England]: New York: Cambridge University Press.
- Smith, Rogers M. 1995. "Ideas, Institutions and Strategic Choices." *Polity* 28. 135-140.
- Smithey, Shannon Ishiyama and John Ishiyama. 2002. "Judicial Activism in Post-Communist Politics." *Law & Society Review* 36(4). 719-742.
- Spaeth, Harold J. 1961. "An Approach to the Study of Attitudinal Differences as an Aspect of Judicial Behavior." *Midwest Journal of Political Science* 5(2). 165-180.
- , 1963a. "An Analysis of Judicial Attitudes in the Labor Relations Decisions of the Warren Court." *Journal of Politics* 25(2). 290-311.
- , 1963b. "Warren Court Attitudes toward Business: The 'B' Scale." in Schubert, Glendon. ed. 1963. *Judicial Decision-Making*. New York: Free Press.
- Sunstein, Cass R. 1991. "Constitutionalism and Secession." *The University of Chicago Law Review* 58(2). 633-670.
- , 1999. "Impeachment and Stability." *The George Washington Law Review* 67(3). 699-711.
- Sweet, Alec Stone. 1999. "Judicialization and the Construction of Governance." *Comparative Political Studies* 32(2). 147-184.

- , 2000. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford University Press.
- Tate, Neal C. 1995. "Why the Expansion of Judicial Power." in Tate, C. Neal & Torbjörn Vallinder. eds. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press.
- Tanenhaus, Joseph. 1960. "Supreme Court Attitudes toward Federal Administrative Agencies, 1947-1956 - An Application of Social Science Methods to the Study of the Judicial Process." *Vanderbilt Law Review* 14. 473-502.
- , 1966. "The Cumulative Scaling of Judicial Decisions." *Harvard Law Review* 79(8). 1583-1594.
- Tanenhaus, Joseph and Walter F. Murphy. 1981. "Patterns of Public Support for the Supreme Court: A Panel Study." *The Journal of Politics* 43(1). 24-39.
- Tropper, Michel. 1999. "The Guardian of the Constitution-Hans Kelsen's Evaluation of a Legal Concept." In Dan Diner & Michael Stolleis(eds.). *Hans Kelsen and Carl Schmitt: A Juxtaposition*. Gerlingen: Bleicher. 81-100.
- Tushnet, Mark. 1999. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Ulmer, Sydney S. 1960. "The Analysis of Behavior Patterns on the United States Supreme Court." *Journal of Politics* 22(4). 629-653.
- , 1960a. "Supreme Court Behavior and Civil Rights." *Western Political Quarterly* 13(2). 288-311.

- , 1961. "Scaling Judicial Cases: A Methodological Note." *American Behavioral Scientist* 4(8). 31-34.
- , 1965. "Toward a Theory of Sub-Group Formation in the United States Supreme Court." *Journal of Politics* 27(1). 133-152.
- Urbinati, Nadia. 2006. *Representative Democracy: Principles and Genealogy*. Chicago: University of Chicago Press.
- Vallinder, Torbjörn. 1994. "The Judicialization of Politics. A World-Wide Phenomenon: Introduction." *International Political Science Review/ Revue internationale de science politique* 15(2). 91-99.
- Verba, Sidney. Kay Schlozman, and Henry Brady. 1995. *Voice and Equality: Civic Voluntarism in American Politics*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Vile, M. J. C. 1967. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Oxford: Clarendon Press.
- Voigt, Stefan and Eli M Salzberger. 2002. "Choosing not to choose: when politicians choose to delegate powers." *Kyklos* 55. 289-310.
- Weingast, Barry R. 1997. "The political foundations of democracy and the rule of law." *American Political Science Review* 91. 245-263.
- Whittington, Keith E. 2005. "Interpose your friendly hand: Political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court." *American Political Science Review* 99. 583-596.

3. 기타

(1) 헌법재판소 판례

한국 헌법재판소 <http://www.ccourt.go.kr>

헌재 1997. 3. 27. 선고 95헌가14 법률개선촉구결정의 기속력 해석

헌재 1997. 12. 24. 선고 96헌마172, 173(병합)

헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의

헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1 대통령(노무현) 탄핵심판

헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554·556 병합 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌확인

헌재 2004. 12. 16. 2004헌마456 정당법 제3조 등 위헌확인

헌재 2007. 7. 26. 2003헌마377 문화재보호법 제81조 제4항 등 위헌확인

헌재 2010. 11. 25. 2009헌라12 국회의 부작위로 인한 권한침해

헌재 2014. 4. 24. 2012헌마2 퇴임재판관 후임자선출 부작위 위헌확인

헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1 통합진보당 해산

헌재 2016. 5. 26. 2015헌라1 국회의원과 국회의장 등 간의 권한쟁의 각하

헌재 2016. 7. 28. 2015헌마236·412·662·673(병합) 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 위헌확인

헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1 대통령(박근혜) 탄핵심판

서울고등법원 2014.8.11 선고 2014노762

대법원 2015.1.22 선고 2014도10978

대만 사법원(司法院, judicial yuan) <http://www.judicial.gov.tw>

(2) 국회 관련자료

국회도서관. 1968. 『헌법개정회의록』 (제4대 국회)
국회법제실. 2011. 『위헌관련 법률의 현황과 대응』
국회사무처. 2013. 『2012 의정자료집』
제55회 국회임시회의 속기록 제33호(1960.6.10.)
국회 법제사법위원회 속기록, 2014년 국정감사 제19대 329회(2014.10.17)
국회 법제사법위원회 속기록, 제331회 법제사법 제6차(2015.3.3)
국회 정무위원회 속기록, 제330회 정무소위 제3차(2015.1.8); 제330회 정
무 제1차(2015.1.12)
국회 의안정보시스템: <http://likms.assembly.go.kr>
국회 법제사법위원회: <http://legislation.na.go.kr>
국회 예산정책처: <http://www.nabo.go.kr>
국회 회의록: <http://likms.assembly.go.kr/record/mhs-10-010.do>
서울시의회: <http://www.smc.seoul.kr/main/index.do>

(3) 언론기사 및 기타

“사법부의 정책 개입 정당한가”(중앙일보 2005.2.13.)
“헌법재판소 통합진보당 해산… 케케묵은 칼로 ‘민주주의 목’을 베다”
(주간경향 2105.12.22)
“이정희 전 통합진보당 대표 정당 해산 후 첫 인터뷰 ‘진보의 죄인인가,
수호자인가’”(경향신문 2016.2.20.)
“권익위 설문조사…헌재는 여론조사, 법치주의 위협하는 ‘포퓰리즘’ 우려”
(문화일보 2016.7.29.)
“법조계, ‘김이수 부결’ 충격과 우려…사법부 정치화”(뉴시스 2017.9.11.)

서울대 빅데이터연구원: <http://bdi.snu.ac.kr>

Abstract

Representative Politics and Constitutional Adjudication

- Categorization of Political Motivation for Constitutional Lawsuit -

Hyunjin Kim

Department of Political Science & International Relations

Political Science Major

The Graduate School

Seoul National University

The purpose of this paper is to examine the point that the cause of plaintiffs bringing lawsuits on political dispute to constitutional courts in constitutional lawsuits that can be classified as "judicialization of politics" can't be conclusively attributed to their political inability. For this purpose, this paper categorizes political motivations for constitutional lawsuits and analyzes judgments of constitutional courts based on analytical framework and concepts of political science such as responsiveness, legitimacy and accountability that make up the core concepts of representative politics.

The concepts of judicial restraint and judicial activism have not been clearly defined in academic. Political interpretation of the judgments of constitutional courts can be made by analyzing both the content of rulings and political context in which the constitutional lawsuits were filed.

Judicial restraint in this paper is defined as the case for judgment results intentionally staying out of the political process and the case for judgment results actively reflecting public opinion. However, it is not interpreted as constitutional court being dragged or misled by public opinion. This paper interprets that constitutional court utilizes public opinion in making judgment on constitutional lawsuit to secure justification for judgment.

This paper categorizes political motivations for constitutional lawsuit into five categories. Constitutional lawsuit can be filed for political motivations such as flaw in internal process of national assembly, establishment of justification for principle of majority rule, mismatch between principle of majority rule and public opinion, turnaround of political environment, promotion of legitimacy of administration and dispersion of political responsibility.

In case constitutional lawsuits are filed due to cutoff of a route to present an issue arising from the absence of a negotiating process within national assembly, political motivations are similar, but different interpretations are made for responsiveness and accountability. Act on Anti Graft is an expanded case of responsiveness. Act on Improvement of National Assembly minimizes accountability, while Act on Public Election can be interpreted as a judgment for expanding accountability.

While issues about the majority rule in National Assembly becomes the major object of judicial review in jurisdictional dispute

between congressmen and the Chairman of the National Assembly, constitutional court only partly confirms violation of the constitution in the process and can be viewed as judicial restraint to the extent that it abdicates from judging the effect of the law and does not get involved in the political process.

In case the principle of majority rule and public opinion differ, it can be known that constitutional court maximizes responsiveness to public opinion and strengthens accountability by announcing the majority rule from National Assembly in violation of the constitution in the case of Act on Relocation of New Administrative Capital that was filed as constitutional lawsuit to salvage violation of individual rights.

When evaluating the case for dissolution of the Unified Progressive Party that was filed for turnaround of political environment and promotion of the legitimacy of administration and the two cases of impeachment that were filed for dispersion of accountability, it was confirmed that constitutional court acts as a strategic player by lowering the burden of responsibility through judgment in line with judicial restraint for alignment with the will of the government and direction of public opinion and maximizing the institutional legitimacy.

By examining the cases of constitutional lawsuits filed according to the five categories of political motivations, it was found that constitutional court tries to maximize the institutional legitimacy through judgments of judicial restraint. However, interpretation of responsiveness and accountability differs for each case. In constitutional lawsuits involving issues of inequity in the principle of majority rule, responsiveness is interpreted passively. And the judgment for the case is in the form of judicial restraint that does

not interfere with the area of plaintiff's legislation discretion or autonomy. However, in constitutional lawsuits regarding the absence of negotiating process in National Assembly and conflict between the principle of majority rule and public opinion and constitutional lawsuits filed for political purposes such as turnaround of political environment and dispersion of political responsibility, constitutional court makes judgements in line with active realization of responsiveness.

In sum, in the case of constitutional lawsuits that can be classified as resulting from political motivations as opposed to the inability of the plaintiff, constitutional court makes judgments of judicial restraint by not interacting judicial settlement with political process and being in line with the direction of public opinion. It is shown that constitutional court maximizes institutional legitimacy and strategically minimizes or maximizes responsiveness and accountability depending on political issues when evaluating cases regarding legislation.

Keywords : categorization of political motivation, representative politics, Constitutional Court of Korea, public opinion and responsiveness, institutional legitimacy, judicial restraint

Student Number : 2004-30058